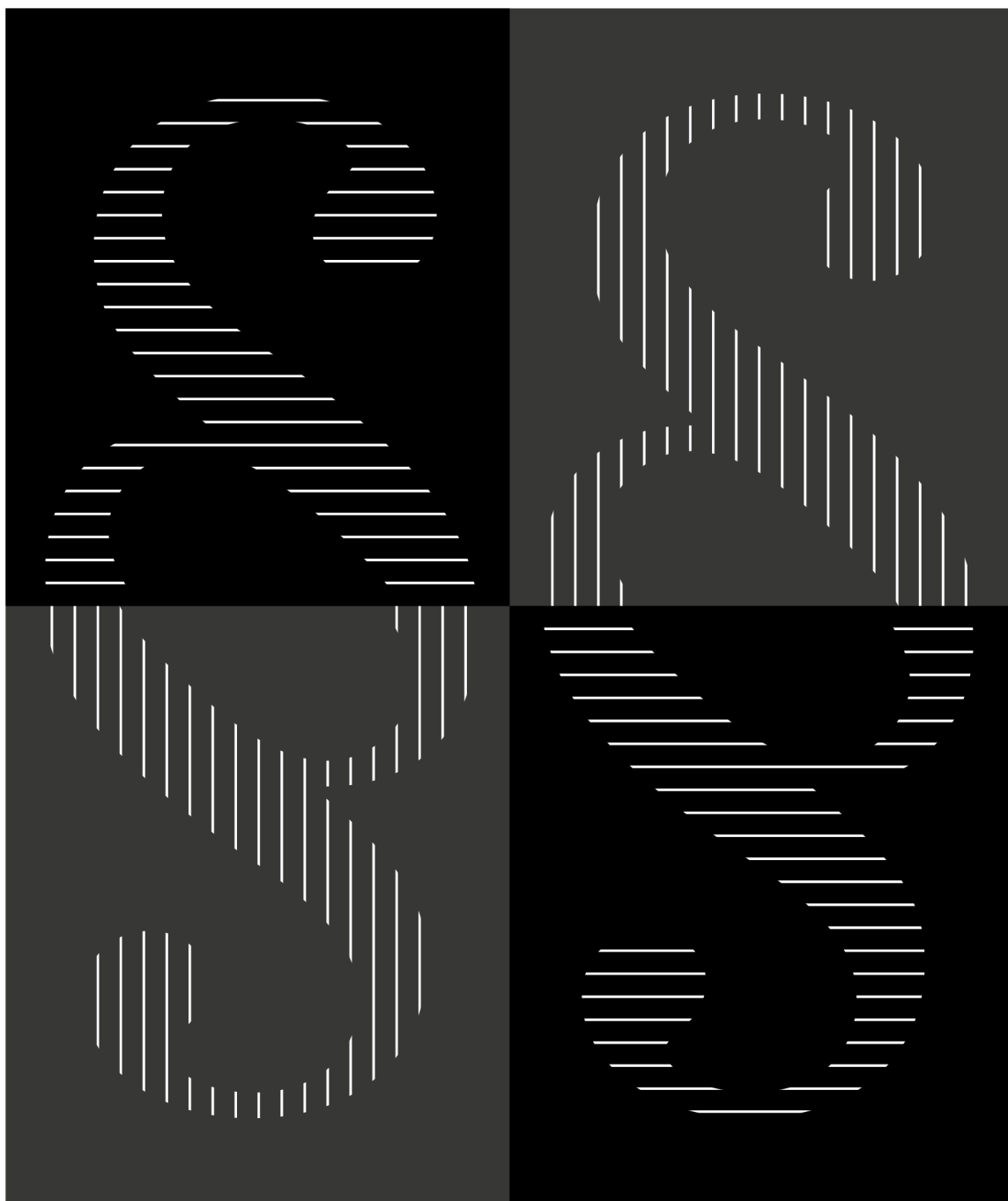


Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ

nr 8/2017 (38)

ISSN 1689-9601

| www.ipp.tbbsp.pl



Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ 2017/8

Autorzy

Bartosz Biskup, Krzysztof Bokwa, Angelika Ciżyńska, Dagmara Dragan,
Tomasz Famulski, Witold Górny, Bartosz Gryziak, Tomasz Guzik,
Maciej Hadel, Iwo Jarosz, Marcin Jędrzyak, Łukasz Kołtuniak,
Anna Mazur, Szymon Osmola, Radosław Pałosz, Adam Rzetecki,
Urszula Wach-Górny, Tomasz Zygmunt

Recenzenci

prof. dr hab. Bogumił Brzeziński, prof. dr hab. Bartosz Brożek,
prof. dr hab. Wojciech Załuski, dr hab. Tomasz Długosz,
dr hab. Piotr Dobosz, prof. UJ, dr Piotr Czarny,
dr Jacek Lewkowicz, dr Rafał Michalczak, dr Jan Rudnicki,
dr Jerzy Serwacki, Dr. iur. JUDr. Ing. Michal Turošík, PhD.

Skład i korekta językowa

Wydawnictwo Kasper
www.wydawnictwokasper.pl

Kolegium Redakcyjne

Angelika Ciżyńska, mgr Paweł Dziwiński, Tomasz Guzik,
Michał Krudysz, Anna Mazur (p.o. Redaktora Naczelnego),
mgr Ariel Mucha, mgr Mateusz Nowak, mgr Michał Warzycki

Adres redakcji

ul. Straszewskiego 25/9, 31–007 Kraków
internetowypp@gmail.com, www.ipp.tbsp.pl

Wydawca

Towarzystwo Biblioteki Słuchaczy Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego

ISSN 1689–9601

Spis treści

Angelika Ciżyńska, Radosław Pałosz Czy rzeczywiście wszyscy jesteśmy suwerenem? Realizacja mechanizmów demokracji bezpośredniej w polskiej rzeczywistości prawnej i społecznej	5
Tomasz Guzik Ekonomiczna analiza prawa jako metoda prawoznawstwa.....	25
Bartosz Biskup, Szymon Osmola Perspektywy eksperymentalnej filozofii prawa	37
Tomasz Famulski Uzasadnianie wybranych regulacji prawnych na gruncie behawioralnej ekonomicznej analizy prawa	54
Tomasz J. G. Zygmunt Intuicja sędziowska	67
Maciej Hadel, Iwo Jarosz Współczesne problemy poradnictwa prawnego na przykładzie działalności Studenckiej Poradni Prawnej UJ – kwestie <i>de lege lata</i> i <i>de lege ferenda</i>.....	78
Urszula Wach-Górny, Witold Górny Instytucja <i>gyoseishido</i> jako japońska inspiracja dla rozwoju koncepcji alternatywnych form rozwiązywania sporów w prawie administracyjnym	96
Dagmara Dragan Prawne aspekty uwolnienia cen na rynku gazu w Polsce	109

Bartosz Gryziak	
Powrót podatnika marnotrawnego, czyli obniżenie stawki odsetek za zwłokę oraz <i>ravvedimento operoso</i> (studium prawnoporównawcze).....	118
Marcin Jędrysiak	
Podatnik prowadzący prace badawczo-rozwojowe polegające na wytworzeniu wartości niematerialnej i prawnej i jego potencjalna dyskryminacja na gruncie obecnie funkcjonujących przepisów ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych	132
Krzysztof Bokwa	
Podstawy regulacji odsetek i lichwy w prawie Europy Środkowej do XIX w.....	146
Adam Rzetecki	
Zwolnienie z podatku od towarów i usług eksperymentów medycznych.....	159
Łukasz Kołtuniak	
Nieliberalna demokracja a państwo prawa. Przypadek Węgier Wiktora Orbana.....	172
Anna Mazur	
Doktryna uzasadnionych oczekiwań a zwyczaj w prawie administracyjnym	183

Angelika Ciżyńska¹, Radosław Pałosz²

Czy rzeczywiście wszyscy jesteśmy suwerenem? Realizacja mechanizmów demokracji bezpośredniej w polskiej rzeczywistości prawnej i społecznej

Streszczenie:

Zasada suwerenności narodu jest fundamentem wielu współczesnych demokracji. Jej obecny model oparty jest na koncepcji umowy społecznej autorstwa J.J. Rousseau. Zgodnie z nią, decydujący wpływ na kształt współczesnych demokracji ma wola Narodu, wspólna wszystkim obywatelom. Myśl ta wywarła znaczący wpływ na kształt Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela z 1789 r. Znalazła ona również miejsce w art. 4 Konstytucji RP, która z Narodu czyni suwerena. Zwierzchnictwo narodu w świetle doktryny i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego może być realizowane nie tylko w wyniku stosowania instytucji demokracji bezpośredniej, lecz również poprzez przedstawicieli ludu, czyli takie organy jak Sejm, czy organy samorządowe. Władza przedstawicielska podstawy legitymizacji swoich działań czerpie niekiedy przede wszystkim z mechanizmów demokracji bezpośredniej i semi-bezpośredniej. Mowa tu o obywatelskiej inicjatywie ustawodawczej, która ma istotne znaczenie dla wpływu obywateli na kształt krajowego systemu prawnego oraz o referendum ogólnokrajowym, które jako tradycyjna forma demokracji bezpośredniej może być pomocna przy wyrażaniu woli suwerena. Wymienione narzędzia nie zawsze jednak spełniają swoją rolę zgodnie z założeniami zawartymi w Konstytucji. Obywatelska inicjatywa ustawodawcza w znacznej większości przypadków nie skutkuje uchwaleniem ustawy. Nawet jeśli proces legislacyjny zostanie zakończony z pozytywnym skutkiem, ustawy będące jego przedmiotem dalece różnią się od pierwotnego projektu. Z kolei referendum ogólnokrajowe jest instytucją używaną

¹ Autorka jest studentką IV roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

² Autor jest absolwentem prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

sporadycznie i nieefektywną, na co wskazuje fakt, że jedynie dwa z przeprowadzonych głosowań były wiążące dla parlamentu.

Słowa kluczowe: suwerenność, naród, inicjatywa ustawodawcza, referendum

1. Wstęp

Celem niniejszej pracy jest odpowiedź na zadane w jej tytule pytanie poprzez wskazanie na różnice między pożądanym stanem określonym przez normy konstytucyjne, a rzeczywistym funkcjonowaniem zasady suwerenności narodu.

Suwerenność stanowi zagadnienie ważne dla przeszłości, teraźniejszości a także przyszłości państwa i statusu jednostki w państwie. Pojęcie to w różnorodnych kontekstach odnoszone jest do państwa, narodu, czy ludu³. Duże zainteresowanie suwerennością wynika z faktu, iż związana jest ona z m.in. warunkami rozwoju państwa, wykonywaniem władzy zwierzchniej, stosunkami społecznymi wewnątrz państwa oraz stosunkami między państwami.

Suwerenność jest przedmiotem badań kilku dyscyplin naukowych, przez co jest ona pojęciem nieostrym. Nie ma jednego uniwersalnego i akceptowanego przez wszystkich znaczenia – inaczej rozumieją ją politolodzy, inaczej ekonomiści, a jeszcze inaczej prawnicy. Wśród ostatniej z wyżej wymienionych grup dochodzi często do nieporozumień ze względu na fakt, że znawcy prawa międzynarodowego rozumieją suwerenność odmiennie od ekspertów z dziedziny prawa konstytucyjnego⁴.

Na potrzeby rozważań proponuje się przyjęcie, że suwerenność stanowi władzę najwyższą, która jest niezależna i uznawana przez wszystkich innych uczestników stosunków międzynarodowych⁵.

Na wstępie tej analizy należy zaznaczyć, że suwerenność państwa (terytorium nad którym władza instytucjonalna sprawuje legalną kontrolę) nie jest tożsama z suwerennością narodu (zbiorowość ludzi wyróżniających się wspólną świadomością narodową, forma politycznej bazy na której opiera się władza państwowa). Według J.S. Barkina i B. Cronina, za równoznaczne z powstaniem państwa przyjmuje się uzyskanie politycznej suwerenności przez naród⁶. Zaś same organy państwowe sprawują swoją władzę z upoważnienia i w interesie narodu⁷.

2. Zarys historii konstrukcji suwerenności ludu

Konstrukcja suwerenności ludu uważana za dzieło J.J. Rousseau, który uważał, że należy utożsamiać wolę wspólnoty z wolą jednostki a więc również wolę ogółu z wolą

³ W.J. Wołpiuk, *Spór o suwerenność*, red. W.J. Wołpiuk, Warszawa 2001, s. 5.

⁴ P. Tarasiewicz, *Suwerenność narodowa. Próba interpretacji filozoficznej*, Cywilizacja 2012, Nr 40, s. 29.

⁵ J. Czaputowicz, *Suwerenność*, Warszawa 2013, s. 15-19.

⁶ J.S. Barkin, B. Cronin, *The State and the Nation. Changing Norms and the Rulers of Sovereignty in International Relations*, International Organization 1994, t. 48, Nr 1, s. 111.

⁷ M. Granat, *Zasada suwerenności narodu* [w:] *Polskie prawo konstytucyjne*, red. W. Skrzydło, Lublin 1998, s. 131.

jednostki⁸. Na koncepcję Rousseau dotyczącą suwerenności ludu, a szczególnie część związaną z reprezentacją pośrednią, spory wpływ wywarła angielska konstrukcja podziału władzy spopularyzowana przez Monteskiusza⁹. Sam Rousseau, jako zwolennik demokracji bezpośredniej, otwarcie krytykował wspomniany podział władzy i uważał go za „podstępny wybieg, który godzi w suwerenne prawa ludzi”. Według Rousseau zwierzchnictwo ludu to wykonywanie woli powszechnej, która zależy od zachowania niezbywalnej wolności, będącej przymiotem niezbywalnym¹⁰.

Warto mieć na uwadze, że wcześniej podstawy zasady suwerenności ludu sformułował Marsyliusz z Padwy, który odwoływał się do demokracji starożytnych *polis* greckich i dokonań republiki rzymskiej. Według D. Grudzieckiego, Marsyliusz ukazał wolę ogółu obywateli jako źródło władzy wykonawczej w państwie, jak i jej trwania w czasie oraz ewentualnej zmiany¹¹. Marsyliusz twierdził, że cały lud powinien być uznawany za prawodawcę, ponieważ ludzie chętniej słuchają praw, które sami wymyślili. Ustawodawstwo ludowe ma na celu zapewnienie lepszego funkcjonowania państwa¹².

Po śmierci Rousseau suwerenność ludu zaczęła być utożsamiana z suwerennością narodu, co było wynikiem działań podjętych w 1789 roku przez francuskie rewolucyjne Zgromadzenie Narodowe (uznanie za odpowiednik rzymskiego słowa *populus* francuskiego *la nation*)¹³.

Zasada suwerenności narodu lub ludu jako fundamentalna zasada demokracji znalazła wydzźwięk już w konstytucjach z końca XVIII wieku¹⁴, np. polska Konstytucja 3 maja z 1791 roku¹⁵ zawierała fragment – „wszelka władza społeczności ludzkiej początek swój bierze z woli narodu”, konstytucja Francji z dnia 3 września 1791 r., która powtórzyła zasadę zawartą w Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela uchwalonej dnia 26 sierpnia 1789 r. – „(...) władza zwierzchnia jest jedna, niepodzielna, niezbywalna i niepodlegająca przedawnieniu. Należy ona do Narodu”.

Jednak suwerenność ludu (narodu) stała się w pełni uzasadnieniem dla samostanowienia narodów dopiero od deklaracji Prezydenta Stanów Zjednoczonych W. Wilsona¹⁶. Została ona w 1966 roku zawarta w Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych¹⁷ oraz Międzynarodowym Pakcie Praw Gospodarczych, Socjalnych

⁸ J.J. Rousseau, *Umowa społeczna*, Kęty 2002, s. 30–32.

⁹ I. Justyńska, J. Justyński, *Historia myśli socjologiczno-ekonomicznej*, Warszawa 2012, s. 72.

¹⁰ H. Olszewski, *Radykalizm mieszczańskiej demokracji. Rousseau [w:] Historia doktryn politycznych i prawnych. Podręcznik akademicki*, red. H. Olszewski, M. Zmierzak, Poznań 2004, s. 169–170.

¹¹ D. Grudziecki, *W poszukiwaniu suwerena. Czy każdy z nas jest suwerenem?*, Warszawa 2009, s. 41–42.

¹² A. Kos, *Zasada suwerenności narodu*, Zeszyty Naukowe Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej im. Witelona w Legnicy 2015, Nr 15 (2), s. 39.

¹³ M. Canovan, *Lud*, Warszawa 2008, s. 59.

¹⁴ P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2008, s. 23–24.

¹⁵ Właściwie Ustawa Rządowa z dnia 3 maja.

¹⁶ D. Grudziecki, *op.cit.*, s. 91–92.

¹⁷ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z dnia 16 grudnia 1966 r. (Dz.U. 1977 nr 38 poz. 167).

i Kulturalnych¹⁸. Odwołania do analizowanej zasady ustrojowej znajdują się również w wielu współczesnych konstytucjach, np. włoskiej z 1947 r.¹⁹ (art. 1 ust. 2)²⁰, chorwackiej z 1990 r.²¹ (art. 1 ust. 2).²²

3. Społeczność jako suweren demokratycznej władzy państwowej w Rzeczypospolitej Polskiej

3.1. Proces ewolucji zasady zwierzchnictwa narodu na tle poprzednio obowiązujących konstytucji

Analizując definicję pojęcia „naród” należy mieć na uwadze, iż występuje on zarówno w znaczeniu narodu politycznego, jak i narodu etnicznego. Znaczenia te nie są tożsame.

W świetle obecnych uregulowań konstytucyjnych pojęcie „naród” nie jest kategorią etniczną, lecz polityczną i oznacza wspólnotę równoprawnych obywateli²³. Ze względu na brzmienie konstytucyjnej zasady równości²⁴, zgodnie z którą nikt nie może być dyskryminowany, do suwerennego narodu przynależą wszyscy obywatele państwa. Pojawiają się jednak opinie wskazujące na szerszy, niż tylko czysto prawne, rozumienie omawianego pojęcia. Zwolennikiem jednej z nich jest m.in. Leszek Garlicki. Uważa on, że tak ograniczone pojęcie narodu bezzasadnie pomija osoby pozbawione prawa wyborczego, czy mieszkające za granicą. Paweł Sarnecki zwracał uwagę, że tak wąskie rozumienie uniemożliwia określanie narodu jako bytu w pełni suwerennego, ograniczonego bowiem przez normy Konstytucyjne. Kazimierz Działocha uznaje jednak podobne różnice zdań za bezpodstawne, powołując się na to, że art. 34 Konstytucji oraz ustawa o obywatelstwie określają pojęcie narodu na tyle wyczerpująco, że nie istnieje zasadnicza potrzeba odwoływania się do definicji pozaprawnych²⁵.

Analizując zasadę zwierzchnictwa Narodu w polskich konstytucjach, należy rozpocząć od pierwszej konstytucji po odzyskaniu niepodległości, czyli Konstytucji marcowej z 1921 r.²⁶ Jej art. 2 zawierał zapis zgodnie z którym „Władza zwierzchnia

¹⁸ Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Socjalnych i Kulturalnych z dnia 16 grudnia 1966 r. (Dz.U. 1977 nr 38 poz. 169).

¹⁹ Konstytucja Republiki Włoskiej z 27 grudnia 1947 r.

²⁰ „The sovereignty belongs to the people who exercise it in the forms and limits of the constitution”, *Konstytucja Włoch*, tłum. Z. Witkowski, Warszawa 2004: „Suwerenność należy do ludu, który wykonuje ją w formach i w granicach określonych w Konstytucji”.

²¹ Konstytucja Republiki Chorwacji z 22 grudnia 1990 r.

²² „Power in the Republic of Croatia derives from the people and rests with the people as a community of free and equal citizens”, *Konstytucja Republiki Chorwacji z 22 grudnia 1990 r. Wyd. 2 zm. i uaktual.*, tłum. T.M. Wójcik, M. Petryńska, Warszawa 2007: „W Republice Chorwacji władza pochodzi od narodu i należy do narodu jako wspólnoty wolnych i równych obywateli”.

²³ *Zasady podstawowe polskiej konstytucji*, red. W. Sokolewicz, Warszawa 1998, s. 110–111.

²⁴ Art. 32 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.

²⁵ K. Działocha, *Artykuł 4 [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, Warszawa 2007, s. 7–10.

²⁶ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 17 marca 1921 r. (Dz.U. 1926 nr 78 poz. 442).

w Rzeczypospolitej Polskiej należy do Narodu (...)"'. W Konstytucji tej naród został uznany za twórcę organów władzy ustawodawczej, wykonawczej a także sędowniczej.

Konstytucja kwietniowa z 1935 r.²⁷ nie zawierała występującej w Konstytucji marcowej zasady władzy zwierzchniej narodu. Zastąpiono ją zwierzchnictwem Prezydenta RP stojącego na czele państwa. To w jego rękach miała spoczywać „jednolita i niepodzielna władza państwowa” a w kolejnym artykule znajdował się zapis zgodnie z którym „Organami państwa, pozostającymi pod zwierzchnictwem Prezydent Rzeczypospolitej, są: Rząd, Sejm, Senat, Siły Zbrojne, Sądy, Kontrola Państwowa”²⁸.

W Konstytucji Rzeczypospolitej Ludowej z 1952 r.²⁹ przyjęta została formuła klasowego zwierzchnictwa władzy państwowej. Władza zwierzchnia według treści art. 1 ust. 2 została powierzona wybranej części obywateli, a mianowicie osób przynależących do klasy robotniczej i pracującego chłopstwa³⁰ – „W Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej władza należy do ludu pracującego miast i wsi”.

Nowela grudniowa z 1989 r.,³¹ w ramach rozpoczętych w Polsce przekształceń ustrojowych, usunęła formułę zwierzchnictwa ludu. W art. 2 wprowadzono formułę zwierzchnictwa narodu. Ust. 1 stanowił, że „W Rzeczypospolitej Polskiej władza zwierzchnia należy do Narodu”, zaś ust. 2 miał następująca treść: „Naród sprawuje władzę przez swych przedstawicieli wybieranych do Sejmu, Senatu i do rad narodowych; sprawowanie władzy następuje także poprzez wyrażanie woli w drodze referendum. Zasady i tryb przeprowadzania referendum określa ustawa”.

Mała konstytucja z 1992 r.³² utrzymała w mocy część znowelizowanych przepisów Konstytucji z 1952 r.,³³ m.in. art. 2 ust. 1, zgodnie z którym, jak już zostało wspomniane w niniejszej pracy, „W Rzeczypospolitej Polskiej władza zwierzchnia należy do Narodu”.

W Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.³⁴ (dalej: Konstytucja RP) zasada zwierzchnictwa została zawarta w art. 4³⁵. Z tej zasady wynika wymóg szerokiego i ciągłego wpływu ogółu obywateli na władzę państwową³⁶. Przez określenie

²⁷ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 23 kwietnia 1935 r. (Dz.U. 1935 nr 30 poz. 227).

²⁸ J. Kuciński, W.J. Wołpiuk, *Zasady ustroju politycznego państwa w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 r.*, Warszawa 2012, s. 151–152.

²⁹ Konstytucja Rzeczypospolitej Ludowej z dnia 22 lipca 1952 r. (Dz.U. 1952 nr 33 poz. 232).

³⁰ *Zasady...*, s. 108.

³¹ Ustawa z dnia 29 grudnia 1989 r. – o zmianie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej Ludowej (Dz.U. 1989 nr 75 poz. 444).

³² Ustawa Konstytucyjna z dnia 17 października 1992 r. o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym (Dz.U. 1992 nr 84 poz. 426 z późn. zm.).

³³ J. Kuciński, W.J. Wołpiuk, *op.cit.*, s. 153–154.

³⁴ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. 1997 nr 78 poz. 483 z późn. zm.).

³⁵ Treść art. 4 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.:

„1. Władza zwierzchnia w Rzeczypospolitej Polskiej należy do Narodu.
2. Naród sprawuje władzę przez swoich przedstawicieli lub bezpośrednio”.

³⁶ *Zasady...*, s. 118.

„władza zwierzchnia” należy rozumieć, iż naród jest uprawniony do panowania, które jest najwyższym poziomem władzy.

3.2. Formy sprawowania zwierzchnictwa przez naród

Konstytucja RP nie zawiera definicji pojęcia „władza zwierzchnia” narodu, jednak wykładnia logiczna wskazuje, co powinno być jej przedmiotem. Należy za niego uznać wybieranie przez naród swoich przedstawicieli, podejmowanie decyzji władczych przez naród w formach, które umożliwiają zajęcie stanowiska w określonej sprawie a także wypowiedzanie się w kwestii innych spraw stanowiących przedmiot rządzenia.

Jak już zostało wspomniane we wcześniejszej części pracy, art. 4 ust. 2 Konstytucji RP wskazuje formy sprawowania władzy przez naród. Ze względu na fakt, iż szczegółowa analiza poszczególnych form realizacji tego zwierzchnictwa, z powodu swojej obszerności, może stanowić temat odrębnego artykułu, zostaną one tylko wymienione.

Formy sprawowania zwierzchnictwa przez naród można przede wszystkim podzielić na bezpośrednie i pośrednie. Do tych drugich zalicza się wybory organów władzy³⁷, zaś do bezpośrednich:³⁸ obywatelską inicjatywę ustawodawczą (art. 118 ust. 2 Konstytucji RP) oraz referendum – ogólnokrajowe (m.in. art. 90 ust. 3, art. 125, art. 235 Konstytucji RP), jak i lokalne (art. 170 Konstytucji RP).

Nie sposób jednak ograniczyć znaczenia obywateli jedynie do instrumentów demokracji bezpośredniej. Warto zwrócić uwagę, za P. Czarnym i B. Nalezińskim, że działania polityków zawsze winny mieć na uwadze interes narodu jako ostateczny cel³⁹. To z niego bowiem wypływa ich legitymacja, a sensem istnienia danego porządku prawnego jest właśnie stworzenie warunków do stabilnego funkcjonowania jednostek, które są mu podległe.

3.3. Pozycja zasady zwierzchnictwa narodu na tle innych zasad ustrojowych

Ustrojodawca w Konstytucji RP nie wyeksponował unormowania, które określa podmiot władzy państwowej. W systematyce zasad ustrojowych zasada zwierzchnictwa narodu znajduje się po regulacjach charakteryzujących państwo a przed normami, które formułują jego zadania⁴⁰.

Powyższe stwierdzenie warto skonfrontować z już wspomnianym w tej pracy dziełem J.J. Rousseau *Umowa społeczna*. W rozważaniach Rousseau podmiotem „umowy

³⁷ Należy wspomnieć, że w wyroku z 11.05.2005 r., K 18/04, (OTK ZU A 2005 nr 5, poz. 49) Trybunał Konstytucyjny w pewnym stopniu odstąpił od stanowiska, że wybory samorządowe są realizacją suwerenności Narodu: „Przy wyborze do organów samorządu terytorialnego (zwłaszcza w gminach) wchodzi w grę nie tyle realizacja suwerennych praw Narodu, ile praw wspólnoty mieszkańców, która jest fundamentem samorządności lokalnej i której członkami pozostają wszyscy mieszkańcy danej jednostki samorządowej, w tym: cudzoziemcy-obywatele Unii Europejskiej. Dodać należy, że każde z państw członkowskich (w tym: Rzeczpospolita Polska) suwerennie reguluje kwestie wymogów wyborczych, w tym także pojęcia mieszkańca czy miejsca zamieszkania”.

³⁸ <http://www.eduteka.pl/doc/zasada-zwierzchnictwa-narodu-w-konstytucji-rp-pojecie-narodu-formy-realizacji-zwierzchnictwa-narodu>, 27.07.2016.

³⁹ P. Czarny, B. Naleziński, *Zasada suwerenności*, Studenckie Zeszyty Prawnicze UJ 2001, z. 5, s. 42.

⁴⁰ J. Kuciński, W.J. Wołpiuk, *op.cit.*, s. 154–155.

społecznej” jest lud. To dla niego zostało stworzone państwo i to on nim zarządza w drodze stanowionego prawa.

Ustrojodawca francuski, tak jak polski, zasadę zwierzchnictwa ludu-narodu poprzedził postanowieniami, które charakteryzowały swoiste cechy republiki francuskiej. Jest to dowód na poparcie tezy J. Kuścińskiego i W.J. Wołpiuka⁴¹, iż w XVIII wieku idea wszechwładzy ludu-narodu w kwestii stanowienia prawa została zredukowana do wyboru ciał pośredniczących, które działają w jego imieniu.

Niewątpliwie czasu uległy zmianie od kiedy Rousseau pisał swoje dzieło i kreował w nim koncepcję władzy zwierzchniej, ale niektóre jej założenia wciąż pozostają aktualne. Analizując treść art. 4 ust. 1 Konstytucji RP można dojść do wniosku, że składnikami analizowanej zasady są: naród, państwo i władza zwierzchnia należąca do narodu.

3.4. Zasada zwierzchnictwa narodu w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego

Zasada zwierzchnictwa narodu znalazła swój wydzźwięk w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego (dalej: Trybunał). W orzeczeniu K 15/04⁴² Trybunał uznał, że art. 4 ust. 1 Konstytucji RP odnosi się do władzy zwierzchniej w Rzeczypospolitej Polskiej. Ustawa zasadnicza ustanawia bowiem zasady i procedury odnoszące się do funkcjonowania instytucji Rzeczypospolitej.

W drugim orzeczeniu⁴³ dotyczącym zasady zwierzchnictwa narodu Trybunał stwierdził, iż

art. 4 ust. 2 Konstytucji RP (...) wskazuje formy sprawowania władzy przez Naród – podmiot suwerenności. Przedstawicielami Narodu są przede wszystkim posłowie, senatorowie oraz Prezydent. W szerokim znaczeniu przedstawicielami Narodu są również inne osoby wchodzące w skład organów władzy publicznej, które nie pochodzą z wyborów, jeżeli organy te zostały powołane przez Konstytucję do realizacji woli Narodu, a ich działalność – poddana została w sposób mniej lub bardziej bezpośredni kontroli społeczeństwa. Również samorząd terytorialny można uznać za jedną z form szeroko rozumianej demokracji przedstawicielskiej, a rady gminy- za organy wyrażające wolę tej części Narodu, która zamieszkuje obszar danej gminy.

4. Obywatelska inicjatywa ustawodawcza (OIU)

4.1. Informacje ogólne

Jak starano się wykazać we wcześniejszej części artykułu, zasada suwerenności narodu, określona w art. 4 Konstytucji RP, jest **jednym z najistotniejszych fundamentów, na których zbudowany jest system prawny Rzeczypospolitej Polskiej**. Czyniąc z Narodu suwerena, ustrojodawca wskazał wyraźnie, że wszelka legitymizacja organów państwa powinna znajdować swoje korzenie w woli obywateli państwa. Jednym z najważniejszych elementów, który ma umożliwić realizację tej zasady, jest **obywatelska**

⁴¹ *Ibidem*, s. 155.

⁴² Wyrok TK z 31.05.2004 r., K 15/04, OTK ZU A 2004, Nr 5, poz. 51-52.

⁴³ Wyrok TK z 26.05.1998 r., K 17/98, OTK ZU 1998, Nr 4, poz. 48.

inicjatywa ustawodawcza, będąca podstawą dla umożliwienia obywatelom wpływu na rządy⁴⁴. Zanim przedstawiony zostanie normatywny i faktyczny kształt funkcjonowania obywatelskiej inicjatywy ustawodawczej w Polsce, należy zwięźle opisać podstawowe jej podziały.

Pierwszy z nich dotyczy stopnia jej sformalizowania i uszczegółowienia. W tym kontekście wyróżniamy inicjatywy **sformułowane** i **niesformułowane**. Pierwsze z nich charakteryzują się tym, że obywatele przedstawiają konkretny projekt aktu pod głosowanie. Ten typ inicjatyw gwarantuje, że przynajmniej początkowa treść projektu będzie zgodna z intencją jej twórców, wiąże się jednak z większymi nakładami pracy, co może zamknąć drogę do jej wniesienia grupom nieposiadającym odpowiedniego zaplecza finansowego i prawnego. Inicjatywa niesformułowana polega zaś na tym, że obywatele prezentują jedynie postulaty, które mają zostać zrealizowane w dalszym procesie legislacyjnym. Jest to odwrotność poprzedniego typu – gwarantując szerszą dostępność inicjatywy, wiąże się jednocześnie z zagrożeniem, że nie zostaną zrealizowane zamierzenia, z jakimi pierwotnie nosili się wnioskodawcy⁴⁵.

Innym podziałem dotyczącym obywatelskiej inicjatywy ustawodawczej jest podział na inicjatywy **pośrednie** i **bezpośrednie**. Te pierwsze wiążą się jedynie z inicjacją drogi legislacyjnej, która jednak prowadzona jest przez organ przedstawicielski państwa. Inicjatywy bezpośrednie z kolei kierują akt pod ostateczne głosowanie referendalne. W drugim przypadku więc obywatele mają szansę nie zgodzić się na zmiany wprowadzane przez parlament. W pierwszym tracą kontrolę nad projektem z chwilą, gdy wniosą go skutecznie do ciała ustawodawczego⁴⁶.

Z powyższym podziałem wiąże się też pytanie, czy przyjęty model obywatelskiej inicjatywy ustawodawczej realizuje mechanizmy demokracji **bezpośredniej** czy w istocie **semi-bezpośredniej**. Według autorów Raportu „Obywatele decydują”, dr. Piotra Uziębły i dr. Anny Rytel-Warzochoy, instrumentem demokracji bezpośredniej możemy nazwać taki instrument, który zapewnia obywatelom możliwość ostatecznej i wiążącej decyzji na temat kształtu danego aktu. Wszelkie inne instrumenty, które zakładają udział obywateli w procesie legislacyjnym, należy uznać za instrumenty demokracji semi-bezpośredniej. Należy jednak podkreślić, że występuje również pogląd, który zakłada, że instrumentami demokracji bezpośredniej są jedynie takie, które przewidują udział ludu w całym procesie decyzyjnym. Podobny model jest dziś jednak praktycznie niespotykany⁴⁷.

⁴⁴ A. Rytel-Warzocho, *Referendum ogólnokrajowe w państwach Europy Środkowo-Wschodniej*, Warszawa 2011, s. 25.

⁴⁵ A. Rytel-Warzocho, P. Uziębły, M. Hoffmann, *Obywatele decydują. Obywatelska inicjatywa ustawodawcza jako narzędzie kształtowania postaw obywatelskich*, Łódź 2012, s. 11.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Ibidem*, s. 10.

4.2. Regulacja prawna

Polski model regulacji obywatelskiej inicjatywy ustawodawczej należy określić jako **sformułowany** (gdyż wniesienie wymaga przedstawienia dokładnego projektu ustawy)⁴⁸, **pośredni** (gdyż projekt, aby zostać uchwalony, musi przejść przez całą procedurę legislacyjną w parlamencie)⁴⁹, jest też instrumentem **demokracji semi-bepośredniej** (z identycznego powodu, jak powyższy).

Podstawą dla uregulowania w polskim ustawodawstwie OIU jest **art. 118 ust. 2 Konstytucji RP** który stanowi, że przysługuje ona grupie 100 000 obywateli. Przepis ten wprowadza jednak pewne ograniczenia w zakresie osób uprawnionych do wnoszenia omawianej inicjatywy. Wymaganiem, które muszą spełniać członkowie wymienionej grupy, jest posiadanie czynnego prawa wyborczego. W konsekwencji muszą być osobami pełnoletnimi, które nie zostały tego prawa pozbawione⁵⁰. Mimo tych, dość oczywistych, ograniczeń podmiotowych, stosunek liczby obywateli, którzy muszą podpisać się pod projektem ustawy do liczby wszystkich uprawnionych **jest jednym z niższych w Unii Europejskiej**. Wyższy wskaźnik mają takie kraje jak np. Austria, Holandia czy Szwajcaria⁵¹. W porównaniu więc do państw zachowujących wysokie standardy demokracji, Polska zapewnia swoim obywatelom w tym aspekcie istotne ułatwienie. Występują również **ograniczenia przedmiotowe** dotyczące materii, która może być poruszana przez projekt obywatelski. Obywatele nie mogą więc wnosić o zmianę Konstytucji (z mocy art. 235 ust. 1 Konstytucji RP, który nie wymienia grupy obywateli jako legitymowanego podmiotu). Jakkolwiek decyzja ustrojodawcy w tej mierze jest zrozumiała, to należy pamiętać, że konstytucje takich państw jak Rumunia czy Słowenia przewidują możliwość wniesienia o zmianę w konstytucji, jednak w tym celu należy osiągnąć znacznie większy próg popierających projekt obywateli⁵². Należy uznać, że podobne rozwiązanie mogłoby być korzystne dla rozwoju demokracji w Polsce, obywatele mieliby bowiem możliwość współdecydowania o kwestiach fundamentalnych dla funkcjonowania ustroju państwa. Mogłoby to również wzmocnić legitymizację samego systemu prawnego.

Inicjatywa ustawodawcza jest również ograniczona w kwestiach zarezerwowanych do inicjowania przez Radę Ministrów⁵³. OIU nie jest możliwa w przypadku kwestii związanych z budżetem państwa, a więc projektu ustawy budżetowej, ustawy o przewidywanym budżecie państwa, zmiany ustawy budżetowej, ustawy o zaciąganiu długu publicznego i ustawy o udzielaniu gwarancji finansowych przez państwo⁵⁴. Dzięki takiemu uregulowaniu tych kwestii, to rząd jest wyłącznym dysponentem kwestii związanych

⁴⁸ Art. 2 Ustawy o wykonywaniu inicjatywy ustawodawczej przez obywateli z 24 czerwca 1999 r. (Dz.U. 2004 poz. 498 z późn. zm.).

⁴⁹ Wynika to z istoty jakiegokolwiek inicjatywy ustawodawczej, która rozpoczyna procedurę legislacyjną ustawy.

⁵⁰ Art. 62 Konstytucji RP.

⁵¹ A. Rytel-Warzocho, P. Uziębło, M. Hoffmann, *op.cit.*, s. 12.

⁵² *Ibidem*, s. 37.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ Art. 221 Konstytucji RP.

z budżetem państwa⁵⁵. Jest ono zrozumiałe również dlatego, że ustawa budżetowa jest aktem wymagającym bardzo drobiazgowego planowania, o wielkiej wadze dla funkcjonowania państwa. W związku z tym, za jej prawidłowe uchwalenie powinno odpowiadać ciało posiadające najdokładniejsze informacje dotyczące finansów Skarbu Państwa, czyli właśnie Rada Ministrów. Dwie pozostałe kwestie, co do których nie przysługuje inicjatywa ustawodawcza, to problematyka stosunków między Rzeczpospolitą Polską a kościołami i związkami wyznaniowymi, a także projekty uchwał będących podstawą do ratyfikowania umów międzynarodowych. Inicjatywa nie może też dotyczyć aktów rangi podstawowej⁵⁶.

Ze względu na syntetyczną formę tego artykułu, zamiast przedstawienia pełnej procedury wnoszenia OIU, zostaną podkreślone rozwiązania o najistotniejszym wpływie na sposób funkcjonowania tej instytucji.

Pierwszym, rzucającym się w oczy, mankamentem ustawy o wykonywaniu inicjatywy ustawodawczej przez obywateli jest fakt, że literalne odczytanie jej art. 8 ust. 2 **grozi wystąpieniem błędnego koła**. Otóż umożliwia on zbieranie podpisów dopiero po zdobyciu przez komitet inicjatywy ustawodawczej osobowości prawnej. Art. 6 ust. 1 z kolei stanowi, że do złożenia zawiadomienia o założeniu komitetu OIU, prowadzące do wydania przez Marszałka postanowienia nadającego mu osobowość prawną, wymagane jest zebranie 1000 podpisów. Jednak w świetle art. 8 ust. 2 nie jest możliwe na tym etapie zbieranie jakichkolwiek podpisów. W tej sytuacji należy zastosować wykładnię funkcjonalną, która potraktuje art. 6 ust. 1 jako przepis szczegółowy, nieobjęty w części, w której mówi o obowiązku zebrania 1000 podpisów, normą art. 8 ust. 2⁵⁷. Takie rozwiązanie należy uznać za niepotrzebną komplikację ustawy, która była jak najbardziej możliwa do uniknięcia.

Kolejnym problemem ustawy jest unormowanie dotyczące **momentu, od którego nie można dokonywać zmian w projekcie obywatelskiej inicjatywy ustawodawczej**. Art. 7 ust. 2 omawianego aktu normatywnego stanowi, że w projekcie nie można dokonywać zmian od momentu przyjęcia przez Marszałka Sejmu zawiadomienia o utworzeniu komitetu obywatelskiej inicjatywy ustawodawczej, aż do chwili wniesienia go do Sejmu. Takie ujęcie tego zagadnienia powoduje, że Marszałek może zatwierdzić projekt obywatelski zupełnie odmienny niż ten, który został mu przedstawiony przez pełnomocnika komitetu. Mogłoby to prowadzić do daleko idących nadużyć prawa. Z tego też względu należy przyjąć, że w celu uniknięcia funkcjonowania normy stanowiącej zagrożenie dla pewności systemu prawnego, zmiany powinny być dopuszczalne co najwyżej do momentu zawiadomienia Marszałka o założeniu komitetu inicjatywy ustawodawczej⁵⁸.

⁵⁵ P. Uziębło, *Inicjatywa ustawodawcza obywateli w Polsce na tle rozwiązań ustrojowych państw obcych*, Warszawa 2006, s. 126.

⁵⁶ A. Rytel-Warzocho, P. Uziębło, M. Hoffmann, *op.cit.*, s. 38.

⁵⁷ P. Uziębło, *Inicjatywa ustawodawcza obywateli. Ustawa z dnia 24 czerwca 1999 r. z komentarzem*, Warszawa 2008, s. 106.

⁵⁸ J. Szymanek, *Ludowa inicjatywa ustawodawcza (uwagi de lege lata)*, Państwo i Prawo 2001, z. 3, s. 61.

Zgodnie z art. 10 ust. 2 ustawy o wykonywaniu inicjatywy ustawodawczej przez obywateli, na zebranie wymaganych 100 000 podpisów pod projektem ustawy, mają oni 3 miesiące od momentu złożenia zawiadomienia do Marszałka Sejmu. Trzeba jednak mieć na uwadze, że nie mogą oni rozpocząć zbierania podpisów zanim nie zostanie wydane postanowienie Marszałka o nadaniu komitetowi osobowości prawnej i ustanowieniu jego pełnomocnika, zgodnie z przytaczanym już art. 8 ust. 2.

Skutkuje to sytuacją, w **której okres 3 miesięcy faktycznie ulega istotnemu skróceniu**. Nawet pomimo tego, że w Polsce wymagane jest stosunkowo mało podpisów, aby skutecznie założyć komitet inicjatywy ustawodawczej i tym samym skutecznie zaprezentować swój projekt w sejmie, zebranie 100 000 podpisów jest akcją logistycznie niezwykle wymagającą. Komitety, które są pozbawione wsparcia partii politycznych, czy organizacji pozarządowych, często **nie są w stanie zrealizować wyznaczonego przez ustawodawcę celu**. Na problem ograniczonego czasu na zebranie podpisów zwraca uwagę dr. hab. Sabina Grabowska, postulująca jego wydłużenie⁵⁹.

Jednym z najpoważniejszych mankamentów polskiej regulacji odnoszącym się do obywatelskiej inicjatywy ustawodawczej jest fakt, że **nie jest możliwe wskazanie podmiotu, któremu przysługiwałyby elementarne prawa wnioskodawcy, czyli prawo do wycofania projektu oraz prawo do wnoszenia poprawek**. Brak regulacji ustawowej w tej mierze zmusza do poszukiwania rozwiązania w oparciu o wiedzę, że powyższe prawa istotnie przysługują wnioskodawcy, oraz o całokształt systemu prawnego. Nie-realnym byłoby przyjęcie, że prawo do wnoszenia poprawek oraz wycofania projektu posiadają wszyscy, którzy się pod nim podpisali. Odszukanie wszystkich tych osób byłoby kosztowne i niemożliwe do zrealizowania w odpowiednim terminie, nie mówiąc już o podjęciu przez nie decyzji w tej mierze. Nie jest też możliwe uznanie, że przedstawicielem wnioskodawców jest komitet inicjatywy ustawodawczej. Jest to ciało jedynie rozpoczynające procedurę ustawodawczą, pozbawione jakichkolwiek praw w trakcie prac sejmowych i senackich. Hipotetycznie możliwość wycofania i zmiany projektu mogłaby przysługiwać pełnomocnikowi komitetu, któremu przysługują pewne uprawnienia, jak np. wypowiadanie się odnośnie projektu w trakcie prac w Sejmie i komisjach. Nie istnieje jednak żadna podstawa, aby przyznać mu taką możliwość. Na tym etapie rozważań warto wspomnieć, że poprawka Senatu wniesiona w trakcie prac nad ustawą o wykonywaniu inicjatywy ustawodawczej przez obywateli, która przewidywała możliwość wycofania projektu przez pełnomocnika, gdy znacząco odbiega on od swojej pierwotnej wersji, została przez Sejm odrzucona⁶⁰.

Ostatnim aspektem dotyczącym prawnej regulacji obywatelskiej inicjatywy ustawodawczej, który należy omówić, jest ten **dotyczący stosowania do OIU zasady dyskontynuacji prac parlamentu**. Jest ona złączona regulacją art. 4 ust. 3 ustawy o wykonywaniu inicjatywy ustawodawczej przez obywateli. W przypadku, gdy minie kadencja parlamentu, w trakcie której dana inicjatywa została wniesiona, to jest ona procedowana również w trakcie kolejnej kadencji. Jednakże, gdy upłynie i ta kadencja,

⁵⁹ S. Grabowska, *Instytucja ogólnokrajowej inicjatywy ludowej w wybranych państwach europejskich*, Rzeszów 2005, s. 132-133.

⁶⁰ A. Rytel-Warzocho, P. Uziębło, M. Hoffmann, *op.cit.*, s. 58.

przerwany zostaje bieg postępowania legislacyjnego. Trudno bowiem z treści przepisu wysnuć wnioski, że ustawa dopuszcza odmienną ewentualność⁶¹. Drugim „ograniczeniem ograniczenia”, o istotnym znaczeniu dla efektywności wnoszenia OIU, jest to, że zniesienie zasady dyskontynuacji po kadencji, w której projekt został wniesiony, odnosi się jedynie do projektu ustawy. Oznacza to, że **wraz z rozpoczęciem trzeciego czytania, zasada dyskontynuacji zaczyna obowiązywać na ogólnych zasadach**. Od tego momentu bowiem, projekt staje się ustawą⁶². Takie rozwiązanie, bardziej niż poprzedni wyjątek, pozwala parlamentarzystom na modyfikowanie procesu ustawodawczego tak, aby projekty wnoszone przez obywateli nie stawały się częścią obiegu prawnego. Mogą bowiem dostosować tempo prac tak, aby stawały się one ustawami zaraz przed końcem kadencji, co uniemożliwiłoby ich rozpatrywanie przez kolejne składy parlamentu.

4.3. Praktyka

Podstawowym problemem, z jakim zmagają się komitety obywatelskich inicjatyw ustawodawczych, jest **duży formalizm PKW**⁶³. Do 2012 r. Zostało wniesionych 105 OIU, z czego aż 89 posiadało braki formalne. Nie zostały one uzupełnione w 24 przypadkach⁶⁴. Na zbyt dalece posunięty formalizm zwracała uwagę już dr Anna Sękowska w swoim doktoracie z 2005 r., przywołując przykład pierwszej inicjatywy ustawodawczej. Wówczas jednak był to sąd ostrożny, zaznaczyła bowiem, że większość z wniesionych do tamtej pory projektów spełniała wymogi formalne⁶⁵.

Po spełnieniu wymogów formalnych, obywatele natrafiają na kolejną barierę, o której wspomniano już we wcześniejszej części pracy. Chodzi mianowicie o **niemożność zebrania wystarczającej liczby podpisów**. Jedynie 35 spośród 81 komitetów sprostało zadaniu zebrania wystarczającej liczby podpisów. W większości sukces w tej mierze odniosły komitety posiadające wsparcie organizacji o dużym rozmiarze i szerokim zasięgu, ze względu rzecz jasna na o wiele szersze możliwości działania⁶⁶. Niewątpliwie zmiana regulacji dotyczącej początku biegu terminu na zebranie wymaganej liczby podpisów przyczyniłaby się do zmniejszenia liczby inicjatyw, które nie znalazły się w Sejmie przez zbyt małe poparcie.

Jak widać, podobna bariera, nieznajdująca racjonalnego uzasadnienia, **hamuje wiele oddolnych inicjatyw**, przede wszystkim dla których Konstytucja wprowadziła możliwość wszczęcia procedury ustawodawczej. Dowodem na jest między innymi liczba wniesionych zawiadomień o utworzeniu komitetów. Do 2014 roku wpłynęło 121 zawiadomień o utworzeniu komitetów OIU. Pojawiają się co prawda głosy jakoby instytucja ta nie była używana zbyt często, przez co pełni rolę marginalną. Prof. Paweł Sarnecki stał jednak na stanowisku, że sytuacja, w której miałyby ona większe znaczenie

⁶¹ A. Szmyt, *Elementy praktyki sejmowej pod rządami Konstytucji RP (1997–2007)*, Gdańsk 2008, s. 250–251.

⁶² A. Rytel-Warzocho, P. Uziębło, M. Hoffmann, *op.cit.*, s. 54.

⁶³ *Ibidem*, s. 51.

⁶⁴ *Ibidem*, s. 65–66.

⁶⁵ A. Sękowska, *Uczestnictwo obywateli i grup społecznych w procesie legislacyjnym*, niepubl., s. 139.

⁶⁶ A. Rytel-Warzocho, P. Uziębło, M. Hoffmann, *op.cit.*, s. 67.

w tworzeniu ustawodawstwa, byłyby dalece bardziej niepokojące⁶⁷. Również konkretne przykłady realizowania projektów wnoszonych przez poszczególne grupy interesów pokazują, że obywatelska inicjatywa ustawodawcza może być istotnym sposobem wprowadzania zmian w ustawodawstwie. Dzięki OIU udało się **zmienić Kartę Nauczyciela**, a tym samym sposób wynagradzania nauczycieli. Mimo negatywnej opinii rządu, ustawa ostatecznie weszła w życie 1 stycznia 2002 r.⁶⁸

Głośną inicjatywą obywatelską była też **inicjatywa Społecznego Komitetu Obrony Sklepów z Tanią Odzieżą**, która odniosła spektakularny sukces. Dzięki niemu, w przeciągu zaledwie miesiąca, między 18 czerwca a 18 lipca 2002 r., zniesiono zakaz importu odzieży z zagranicy⁶⁹. Przykłady te pokazują, że **obywatele chętnie korzystają z możliwości inicjatywy ustawodawczej**, jednak w praktyce niemożliwe jest zrealizowanie jej bez posiadania szerokiego zaplecza organizacyjnego i finansowego.

Wyżej została wymieniona liczba inicjatyw, które znalazły się na etapie prac parlamentarnych. Tych, które zostały ostatecznie przegłosowane jest znacznie mniej, a i one w większości są w formie dalekiej od pierwotnej wersji⁷⁰. Taki stan rzeczy spowodowany jest opieszałością Sejmu w procedowaniu, którą wspierają dwa z opisanych wyżej rozwiązań prawnych. Pierwszym z nich jest w wielu przypadkach iluzoryczne zniesienie zasady dyskontynuacji. Opisane ograniczenie (obowiązywanie zasady dyskontynuacji od momentu stania się przez projekt ustawą w trzecim czytaniu) umożliwia populistyczne wykorzystywanie przez ugrupowania parlamentarne omawianej instytucji poprzez doprowadzenie do trzeciego czytania na niedługo przed końcem kadencji tak, aby symulować postępującą pracę, a *de facto* przyspieszając zakończenie prac nad projektem obywatelskim. Z kolei faktyczna niemożliwość wycofania projektu przez wnioskodawców, przez brak uprawnionego do reprezentacji podmiotu powoduje, że obywatele tracą kontrolę nad kształtem opracowywanych rozwiązań, przez co efekt finalny często różni się z ich oczekiwaniami.

Często zwraca się również uwagę na **przedłużające się prace nad OIU**⁷¹. Za taki stan rzeczy w dużej mierze odpowiada nałożenie na Sejm i Senat wyłącznie terminów instrukcyjnych, których niedotrzymanie nie powoduje bezpośrednio żadnych negatywnych skutków dla parlamentu, zaś przedstawicielom wnioskodawców przysługuje jedynie skarga na bezczynność organu⁷².

Kończąc analizę praktycznego realizowania prawa obywateli do wnoszenia inicjatywy ustawodawczej wypada wspomnieć o tym, jak **partie polityczne wykorzystują je do własnych celów**. Pierwszym z przykładów może być zachowanie Prawa

⁶⁷ P. Sarnecki, *Obywatelska inicjatywa ustawodawcza*, Gdańskie Studia Prawnicze 2004, Tom XII, s. 229–240.

⁶⁸ A. Sękowska, *op.cit.*, s. 140.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ K. Sobczak, *Inicjatywa obywatelska ustawodawczo nieskuteczna*, <http://www.lex.pl/czytaj/-/artykul/inicjatywa-obywatelska-ustawodawczo-nieskuteczna>, 26.12.2016.

⁷¹ J.M. Mól, *Obywatele piszą ustawy. Sejm je odrzuca*, <http://www.lex.pl/czytaj/-/artykul/inicjatywa-obywatelska-ustawodawczo-nieskuteczna>, 26.12.2016.

⁷² A. Rytel-Warzocho, P. Uziębło, M. Hoffmann, *op.cit.*, znaleźć.

i Sprawiedliwości wspierającego projekt Federacji Ruchów Ochrony Życia, który miał zakazać we wszystkich stacjach radiowych i telewizyjnych, w godzinach 6.00–22.00, treści wulgarnych i zawierających przemoc. Został on wniesiony pod koniec II Kadencji Sejmu, i bardzo prawdopodobne było, że kolejny skład parlamentu nie da rady rozpatrzyć owej inicjatywy, co też się stało. Posunięcie to służyło więc jedynie zdobyciu rozgłosu przed wyborami⁷³. Z drugiej strony, w 2000 r. Unia Wolności wsparła projekt mający na celu wyrównanie szans edukacyjnych dzieci i młodzieży z różnych środowisk. Projekt w trakcie prac sejmowych doznał daleko idących zmian, pod koniec będąc odrzuconym przez Senat. Sejm nie podjął kolejnej uchwały w sprawie tejże inicjatywy⁷⁴.

5. Referendum

5.1. Zagadnienia ogólne

Naród swoje prawo do stanowienia w najbardziej tradycyjnej i bezpośredniej formie może realizować poprzez referendum, wyrażając swoją opinię na temat jakiegoś zagadnienia. Tradycja referendum w współczesnej formie została zapoczątkowana w Stanach Zjednoczonych, gdzie mieszkańcy stanów Massachussets i New Hampshire w latach 1778–1784 wyrazili swoje stanowisko wobec Konstytucji tych jednostek terytorialnych. Tradycja historyczna sięgająca nawet do starożytnej Grecji⁷⁵ powoduje, że referendum należy uznać za trzon demokracji bezpośredniej nawet, jeśli dziś znacznie rzadziej obywatele mają ostatnie zdanie w danej kwestii.

Obecnie referenda mogą przyjmować różną postać. Przede wszystkim należy je rozróżnić ze względu na **lokalne** i **ogólnokrajowe**, ze względu na obszar ich obowiązywania. Ponadto referendum może być **obligatoryjne** lub **fakultatywne**, co oznacza, że prawo może wymagać przeprowadzenia referendum do wprowadzenia nowych rozwiązań, albo też mogą być one jedynie metodą wzmocnienia danej decyzji, niewymagalną do jej podjęcia. Po trzecie, referenda mogą być **wiążące** dla parlamentu i zmuszać go do przyjęcia pewnych rozwiązań lub też pełnić funkcję jedynie **opiniodawczą** i niezobowiązującą dla ciała legislacyjnego. Po czwarte, mogą mieć charakter **konstytucyjny** bądź **ustawowy**, w zależności od tego, jaką materię regulują⁷⁶.

Nie ulega wątpliwości, że podstawową funkcją referendum jest realizacja przez Naród swojej suwerenności i prawa do samostanowienia, która uzewnętrznia się w przypadku istnienia **bezpośredniej inicjatywy ustawodawczej**⁷⁷. Dzięki niej obywatele mają możliwość wpływania na proces polityczny w ich państwie, poprzez wyrażenie świadomie i bezpośrednio swojej woli politycznej. Jednocześnie jednak dobrze przeprowadzone i mające rzeczywiste znaczenie głosowanie zależy w dużej mierze od ich aktywności i rozeznania w temacie⁷⁸.

⁷³ *Ibidem*, s. 69.

⁷⁴ *Ibidem*, s. 68.

⁷⁵ A. Sękowska, *op.cit.*, s. 82–83.

⁷⁶ *Ibidem*, s. 83.

⁷⁷ A. Rytel-Warzocho, *Referendum ogólnokrajowe...*, s. 27.

⁷⁸ *Referendum w Polsce i w Europie Wschodniej*, red. M.T. Staszewski, D. Waniek, Warszawa 1996, s. 5–7.

Mimo istotnej roli dla funkcjonowania demokracji w danym państwie, referendum nie jest jednak warunkiem koniecznym do jej zaistnienia. Systemy niektórych państw europejskich przewidują referendum w bardzo ograniczonym zakresie, limitując jego zakres terytorialny (Wielka Brytania, gdzie dopuszcza się jedynie referenda lokalne) bądź merytoryczny (Niemcy, gdzie wyeliminowane zostało na szczeblu federalnym, za wyjątkiem restrukturyzacji obszaru federacji, gdy referendum jest obligatoryjne)⁷⁹.

5.2. Stan prawny

W Rzeczypospolitej Polskiej referendum jest instytucją stosunkowo młodą, wprowadzoną dopiero w roku 1987, zmienianą w latach 1995 oraz 2003⁸⁰. Referendum Konstytucja RP umożliwia w trzech przypadkach – w celu ratyfikacji umowy międzynarodowej (w wyniku zawarcia której Polska przystąpi do organizacji międzynarodowej, bądź przeniesie na nią część kompetencji organów państwa – art. 90 ust. 3 Konstytucji RP), w celu zadecydowania o sprawach o szczególnym znaczeniu dla państwa (art. 125 ust. 1 Konstytucji RP) oraz w celu zatwierdzenia zmian Konstytucji odnoszących się do regulacji rozdziałów I, II bądź XII (art. 235 ust. 6 Konstytucji RP). Wszystkie powyższe typy referendów są referendum fakultatywnymi, przeprowadzanymi na wniosek uprawnionych organów państwa. Wątpliwości budzi uznanie, że fakultatywne jest referendum konstytucyjne, jako poruszające fundamentalne dla państwa zagadnienia. P. Tuleja oraz B. Szczurowski stoją na zdecydowanym stanowisku, że właściwe jest uznanie go jednak za typ fakultatywny. Wskazują na to, że nie byłoby ono obowiązkowe nawet w przypadku uchwalania całościowej zmiany Konstytucji oraz na to, że nie występuje możliwość zainicjowania referendum konstytucyjnego przez obywateli. Tym bardziej więc trudno jest uznać, aby wypowiedzenie się przez nich co do zmian w Konstytucji miało mieć charakter obligatoryjny⁸¹. Jest przy tym pozbawione wymogu *quorum* do bycia uznanym za ważne, co może skutkować nienależytą legitymizacją zmian wprowadzonych w ustawie zasadniczej⁸².

Ustawa o referendum ogólnokrajowym (dalej: ustawa o referendum)⁸³ określa referendum jako sposób rozstrzygnięcia sprawy poddanej pod głosowanie (art. 2 ust. 1 ustawy o referendum). Sposobami wyrażania tej woli są udzielenie pozytywnej bądź negatywnej odpowiedzi na pytanie, bądź też zaznaczenie jednego z wariantów możliwych odpowiedzi (art. 2 ust. 2 ustawy o referendum).

Referendum w sprawach ważnych dla państwa (rozumianego jako zespół organów i instytucji⁸⁴), może zostać zarządzone przez Sejm i Prezydenta (art. 60 ustawy o referendum). Organami uprawnionymi do wniesienia o takie zarządzenie są z kolei Senat

⁷⁹ A. Sękowska, *op.cit.*, s. 84.

⁸⁰ *Ibidem*, s. 111.

⁸¹ P. Tuleja, B. Szczurowski, *Komentarz do art. 235 Konstytucji RP* [w:] *Konstytucja RP. Komentarz*, red. L. Bosek, M. Safjan, Warszawa 2016, Legalis.

⁸² A. Sękowska, *op.cit.*, s. 112–113.

⁸³ Ustawa o referendum ogólnokrajowym z dnia 14 marca 2003 r. (Dz.U. 2003 poz. 507).

⁸⁴ M. Jabłoński, *Referendum ogólnokrajowe w polskim prawie konstytucyjnym*, Acta Universitatis Wratislaviensis 2001, No 2331, s. 70.

i Rada ministrów. Zainicjować referendum mogą również obywatele (art. 61 ust. 1 ustawy o referendum). Jakkolwiek możliwość wniesienia obywatelskiej inicjatywy referendalnej wydaje się czymś pożądanym i wzmacniającym w istotny sposób instytucje demokracji bezpośredniej, to zaporowy próg 500 000 podpisów (art. 63 ust. 1 ustawy o referendum) w połączeniu z możliwością nieuwzględnienia wniosku przez Sejm (art. 62 ust. 1 zd. 2 ustawy o referendum), czyni tę możliwość praktycznie nierealną. Ponadto referendum z inicjatywy obywateli ma, podobnie jak OIU, ograniczony zakres przedmiotowy. Nie może dotyczyć wydatków i dochodów, w szczególności podatków oraz innych danin publicznych, obronności państwa oraz amnestii⁸⁵. Nawet jeśli uda się przeprowadzić referendum z inicjatywy obywateli, to do jego skuteczności wymagane jest *quorum* ponad 50% (art. 66 ust. 1 ustawy o referendum) uprawnionych do głosowania, będące w warunkach polskich wysoko postawioną poprzeczką⁸⁶.

Decyzję o zarządzeniu referendum w sprawie wyrażenia zgody na ratyfikację umowy międzynarodowej może podjąć Sejm bezwzględną większością głosów, w obecności co najmniej połowy ustawowej liczby posłów (art. 90 ust. 4 Konstytucji RP), alternatywnie do samodzielnego podjęcia uchwały o ratyfikacji umowy międzynarodowej określonej w art. 90 ust. 1 Konstytucji RP. Gdy uchwała o przeprowadzeniu referendum zostanie podjęta, zarządzają je Sejm lub Prezydent za zgodą Senatu. W tym wypadku ponownie referendum jest wiążące tylko przy osiągnięciu *quorum* połowy uprawnionych do głosowania (art. 73 ust. 1 ustawy o referendum). W konsekwencji, jeśli nie zostanie osiągnięty pułap przekraczający 50%, Sejm jest zmuszony ponownie podjąć uchwałę w sprawie ratyfikacji umowy międzynarodowej (art. 75 ustawy o referendum).

Z kolei referendum konstytucyjne może zostać zainicjowane przez grupę 1/5 ustawowej liczby posłów, Senat lub Prezydenta w ciągu 45 dni od uchwalenia ustawy przez Senat. W tym wypadku sam wniosek wystarczy, aby Marszałek Sejmu wydał zarządzenie o przeprowadzeniu referendum w trakcie 60 dni od daty złożenia wniosku (art. 235 ust. 6 Konstytucji RP). Jak wyżej wspomniano, w tym wypadku wymóg *quorum* nie jest konieczny, co zastanawia, biorąc pod uwagę postawienie takiego wymagania referendum dotyczącym mniej istotnych dla państwa spraw.

5.3. Stan faktyczny

Do roku 2005 wniesiono **trzy** obywatelskie wnioski o przeprowadzenie referendum, z których ani jeden nie został uwzględniony, do tego wszystkie zostały wniesione pod rządami ustawy z 1995 r. Pierwszy z nich odnosił się do sposobu gospodarowania lasami państwowymi, wyrażając zaniepokojenie planowanym poszerzeniem możliwości wyprzedawania nieruchomości leśnych przez państwo. Drugi odnosił się do reprivatyzacji majątków odebranych w latach 1944–1962, kwestionując używanie bonów

⁸⁵ A. Sękowska, *op.cit.*, s. 115.

⁸⁶ W 2009 r. średnia frekwencja w Polsce wynosiła najmniej spośród wszystkich państw postkomunistycznych. Wynosiła jedynie 47,1% uprawnionych do głosowania (zob. M. Cześnik, *Partycypacja wyborcza Polaków*, Warszawa 2009, s. 6). Frekwencja w ostatnich wyborach również nie wskazuje na znaczącą poprawę tego trendu. Zarówno w przypadku wyborów prezydenckich, jak i parlamentarnych, frekwencja nie przekroczyła 50% (zob. *Rocznik statystyczny RP*, Warszawa 2016, s. 118–119).

majątkowych i wydawania nieruchomości w naturze jako metod grożących dobru budżetu państwa. Trzeci z kolei stawiał wyraziste pytanie: „Czy sprzeciwiasz się sprzedaży polskiej ziemi cudzoziemcom?”. **Dwa pierwsze wnioski zostały negatywnie zaopiniowane przez rząd, a później nie poddano ich pod głosowanie w Sejmie, przez co zostały odrzucone. Trzeci z kolei przez 3 lata nie doczekał nawet opinii rządu na swój temat**⁸⁷. Dr Sękowska zwraca uwagę na niską jakość merytoryczną tych wniosków, na czele z nieprawidłowo zadawanymi pytaniami, sugerującymi odpowiedź i kreującymi w czytającym opinię na temat danego zagadnienia. Trudno na nie również udzielić jasnych odpowiedzi. Zwraca jednak również uwagę na niepokojącą praktykę Sejmu, polegającą na nadużywaniu przepisu pozwalającego na odrzucenie uchwały o referendum. Izba niższa parlamentu, nie mając ograniczeń czasowych w wydawaniu uchwały dotyczącej uwzględnienia wniosku o referendum, nie zajmuje się wnioskiem, po czym uznaje go za odrzucony. Według dr Sękowskiej może to prowadzić do nadmiernego wpływu lobbystów na posłów, którzy nieskrępowani w żaden sposób, dostosują sposób procedowania nad wnioskiem do woli grup nacisku⁸⁸.

Należy zaznaczyć, że instytucja referendum odegrała w Polsce znaczącą rolę. Dr Anna Rytel-Warzocho wymienia trzy najistotniejsze dla Polski referenda, które pozwalają zilustrować praktykę ich realizowania⁸⁹. **W 1996 r. odbyło się referendum będące efektem połączonych wniosków Prezydenta oraz parlamentarzystów.** Dotyczyło ono postępowania z majątkiem państwowym i dotyczyło takich zagadnień jak reprivatyzacja, wypłata rent i emerytur, czy wykorzystania bonów prywatyzacyjnych. Odbyło się ono niepoprzedzone szerszą debatą na temat zagadnień w nim poruszanych, zaś istota sporu skupiła się w środowiskach parlamentarnych. Co prawda dość jednoznacznie wskazywały na dane odpowiedzi, jednak frekwencja 37% spowodowała, że referendum to nie było wiążące.

Drugim, może najważniejszym w dotychczasowej historii III RP referendum, było referendum zatwierdzające przyjęcie obecnie obowiązującej Konstytucji. Było ono warunkiem koniecznym jej wejścia w życie. Nie posiadało ono jednak progu, od którego miałoby być wiążące, ustrojodawcy bowiem uznali, że istnieje zbyt duże ryzyko nieuzyskania chociażby *quorum* 50%, co potwierdziła praktyka – frekwencja wyniosła jedynie 43%. Możliwe, że obecnie *quorum* do zmiany Konstytucji nie jest wymagane z tego samego powodu – to znaczy chęci uniknięcia stanu, w którym państwo nie będzie posiadało podstawy swojego ustroju. Niemniej jednak trudno uznać aktualność takiej argumentacji, jako że w przypadku braku uzyskania głosów połowy uprawnionych do głosowania, nadal istniałaby ustawa zasadnicza. Rozkład głosów w referendum konstytucyjnym kreował się w stosunku 53% głosów za oraz 45% głosów przeciw Konstytucji. Tak niewielka różnica oraz niska frekwencja były przyczynkiem do sporych kontrowersji, a nawet negocjowania mocy wiążącej referendum.

Ostatnim z referendów przytaczanych przez dr Rytel-Warzochę jest **referendum akcesyjne w sprawie przyłączenia Polski do Unii Europejskiej**, które odbyło się

⁸⁷ A. Sękowska, *op.cit.*, s. 121.

⁸⁸ *Ibidem*, s. 122-123.

⁸⁹ A. Rytel-Warzocho, *op.cit.*, s. 174-176.

w 2003 r. W tym wypadku frekwencja wyniosła aż 59%, zaś na akcesję zgodziło się aż 77% głosujących.

Powyższy przykład mógłby wskazywać na zwiększenie zainteresowania obywateli sprawami bieżącej polityki państwa. **Niemniej jednak w 2015 r. odbyło się jeszcze jedno referendum, którego wynik może podważać powyższą tezę.** Po pierwszej turze wyborów prezydenckich Bronisław Komorowski, ówczesny Prezydent RP, zarządził odbycie referendum krajowego, w którym obywatele mieliby odpowiedzieć na pytania dotyczące wprowadzenia jednomandatowych okręgów wyborczych w wyborach do Sejmu, wprowadzenia ogólnej zasady interpretowania prawa podatkowego na korzyść podatnika oraz zaprzestania finansowania partii politycznych z budżetu państwa. Pytania te były zbieżne z najgłośniejszymi dyskutowanymi hasłami trwającej wówczas kampanii prezydenckiej. Frekwencja, jaka wystąpiła w tym referendum była najniższą w Europie od 1945 roku i wyniosła 7,8%⁹⁰. Wyniki referendum nie były więc wiążące. Tak niskiej frekwencji nie należy jednak konieczności interpretować jako znaku fatalnej kondycji polskiej demokracji. Referendum zostało bowiem zarządzane w bardzo krótkim terminie od pierwszej o nim wzmianki, do tego po niekorzystnej dla ówczesnego Prezydenta RP I turze wyborów. Obywatele mogli uznać, że głosowanie to zostało zorganizowane jedynie w celu zdobycia popularności, która miała pomóc w wygraniu II tury wyborów prezydenckich. Przez to nie potraktowali tego referendum poważnie.

Warto też przytoczyć aktualny przykład, który mógłby wskazać z jednej strony na możliwość motywowania działań polityków z poziomu społeczeństwa, a z drugiej strony na pewne ich ociąganie związane najpewniej z niespecjalną chęcią spełniania oczekiwań społecznych. W maju bieżącego roku rozgorzała sprawa ogłoszenia referendum w sprawie uchodźców uciekających przed wojną na Bliskim Wschodzie. Temat został podjęty przez Pawła Kukiza, który stwierdził, że jego ruch jest w trakcie zbierania 500 tysięcy podpisów pod wnioskiem o referendum, które miałyby określić społeczne przyzwolenie na temat ewentualnego przyjmowania osób z terenów dotkniętych wojną. Prezydent Andrzej Duda zareagował na tę inicjatywę jeszcze zanim projekt trafił do fazy prac sejmowych. Uznając argumentację opartą na twierdzeniu, że to obywatele są prawdziwymi gospodarzami kraju i to oni jedynie mogą decydować o tym, czy ponieść koszt i ryzyko związane z tak nietypową operacją logistyczną, stwierdził, że referendum mogłoby zostać wyznaczone przez niego z inicjatywy prezydenckiej. Nie odbędzie się ono jednak wcześniej niż w 2019 r., kiedy towarzyszyłoby wyborom do parlamentu. W istocie argumenty przemawiające za takim rozwiązaniem nie są bezpodstawne⁹¹. Niższe koszty wynikające z połączenia dwóch głosowań w połączeniu z niewątpliwie wyższą frekwencją związaną z wyborami parlamentarnymi stanowiłyby pewną gwarancję, że referendum to nie powtórzyłoby losu tego opisanego w poprzednim akapicie. Nie sposób jednak oprzeć się wrażeniu, że tak długi okres między czerwową deklaracją Prezydenta, a postulowanym przezeń terminem referendum, służyć ma odsunięciu w czasie ryzyka rozstrzygającego dla władzy głosowania na temat

⁹⁰ https://pl.wikipedia.org/wiki/Referendum_w_Polsce_w_2015_roku, 26.12.2016.

⁹¹ <http://www.polskieradio.pl/5/3/Artykul/1774894,Referendum-ws-uchodzcow-wraz-z-wyborami-w-2019-roku-Politycy-podzieleni>, 12.07.2017.

problemu, do którego ustosunkowanie się mogłoby wzbudzić dużo negatywnych reakcji z jednej bądź drugiej strony społeczeństwa. Dwa lata, w przypadku sprawy tak bardzo niepewnej, jak sytuacja na Bliskim Wschodzie, to niemało czasu, zaś sytuacja zarówno na terenie objętym wojną, jak i w Europie, może okazać się diametralnie różna niż dziś. Podobna deklaracja z jednej strony daje rządzącym czas na podjęcie konkretnej decyzji w stosunku do uchodźców, a z drugiej tworzy korzystny wizerunkowo efekt troszczenia się o sprawy ludzi i wsłuchania w głos społeczeństwa.

6. Podsumowanie

Należy pamiętać, że **zasada suwerenności narodu jest jedną z najważniejszych dla sprawnego funkcjonowania państwa**. Ustanawiając ogół obywateli dzierżycielem władzy publicznej⁹², niejako wymusza takie ukształtowanie ustroju państwa, aby obywatele mogli wpływać na kierunek rozwoju kraju. Wskazuje też wyraźnie, że wszelka władza pochodzi od ludzi i to ich wola ma być nadrzędnym drogowskazem politycznym, oczywiście przy poszanowaniu pozostałych zasad konstytucyjnych.

Zapoznanie się z dwoma najistotniejszymi do wykonywania suwerennej władzy przez Naród instytucjami pozwala stwierdzić, że **jakkolwiek Polska posiada regulacje pozwalające na skuteczne wyrażanie woli społecznej, to jednak częstokroć doświadczają one istotnych ograniczeń nie tylko przez wadliwe ustawodawstwo, lecz również przez szkodliwe praktyki organów państwa** (by wymienić tylko nieprzestrzeganie terminów rozpatrzenia obywatelskiego projektu ustawy, czy nieumiejętne formułowanie pytań w referendum).

Konstrukcja obywatelskiej inicjatywy ustawodawczej w Polsce posiada zalety takie jak np. stosunkowo mała liczba wymaganych podpisów, czy zniesienie zasady dyskontynuacji prac parlamentu w kadencji, w której OIU została wniesiona. Oba te rozwiązania cierpią jednak (a to przez faktyczne następuje ograniczenie 3-miesięcznego terminu na zbieranie podpisów) przez nieodpowiednie oznaczenie początku jego biegu, a to przez stosowanie zasady dyskontynuacji do OIU od momentu uzyskania przez nią rangi ustawy.

Z kolei referendum polski system prawny przewiduje aż w trzech przypadkach, do tego dość szeroko określonych (poza ściśle określonym referendrum konstytucyjnym). Niemniej jednak praktyka pokazuje, że referendum ogólnokrajowe jest instytucją stosowaną bardzo rzadko. Nawet jeśli przyjąć, że z założenia ustrojowego jest narzędziem subsydiarnym do głównego procesu legislacyjnego, to nie można nie zwrócić uwagi na fakultatywność tej formy głosowania obywateli właściwie w każdym przypadku. Skuteczną zaporą jest też wysoki próg podpisów potrzebnych, aby zainicjować referendum z woli obywateli. Organy państwa uprawnione do ogłaszania referendum ustawodawczego same nie korzystają również chętnie z tej możliwości. Pierwsze z kolei od dwunastu lat referendum ogólnokrajowe, zorganizowane fakultatywnie zarządzeniem Prezydenta, okazało się zabiegiem nakierowanym na uzyskanie

⁹² A. Rytel-Warzocho, *op.cit.*, s. 114.

lepszego wyniku w wyborach, który do tego nie spotkał się z nikłym nawet zainteresowaniem społeczeństwa.

Nie można więc powiedzieć, jakoby ustrój Rzeczypospolitej Polskiej uniemożliwiał obywatelom spełnianie ich funkcji suwerena w bezpośredni sposób. Robi to jednak nieudolnie, umożliwiając manipulowanie procedurami przez polityków oraz grupy nacisku, zaś obywatele zmuszając do współpracy z jak największymi ciałami, aby ich inicjatywy mogły odnieść pożądany skutek. Również poziom utrzymywany przez rządzących zostawia często wiele do życzenia – często zdarzają się przypadki opieszałości, przez symulowanie realnych działań, aż po wykorzystywanie inicjatyw obywatelskich oraz referendum do realizacji doraźnych celów politycznych. Nie należy oczywiście zapominać o tym, że i obywatele nie zawsze prawidłowo realizują przysługujące im prawa, o czym może świadczyć wysoki odsetek odrzuconych z przyczyn formalnych obywatelskich inicjatyw ustawodawczych. Również przytoczone wnioski o referendum ogólnokrajowe świadczą o braku rozeznania w sposobie prawidłowego przeprowadzenia podobnego głosowania.

Odpowiadając na pytanie zawarte w tytule należy uznać, **że nie tyle jesteśmy jako Naród prawdziwym suwerenem, co możemy się nim dopiero stać** – starając się podejmować działania zmierzające do wyeliminowania negatywnych zjawisk, które wskazują na to, że ogółu obywateli naszego państwa nie traktujemy jak społeczności politycznej, a jako pewien zbiór, dzięki któremu możemy jedynie osiągnąć doraźnie wyznaczone cele.

* * *

Are We Indeed a Sovereign

Nation's sovereignty rule is a foundation of many modern democracies. It's actual form is based on the concept of the J.J. Rousseau's social contract. According to it, will of the nation, common for all citizens, have the decisive influence on the form of modern democracies. This idea had a great influence on the form of the Declaration of Human and Citizen Rights from 1789. It has also found place in article 4 of the Polish Constitution that settles the Nation as the Sovereign. Supremacy of the nation in the views of the doctrine and jurisprudence of Constitutional Tribunal can be enacted not only as a result of direct democracy, but also through the people's representatives such as the Parliament. The basis of representative's government are sometimes the institutions of direct and semi-direct democracy. These are mainly the Citizens' legislative initiative, which has an important impact on the influence the citizens have on the country's legal system and the nationwide referendum, which as a traditional form of direct democracy can be useful when expressing the will of the sovereign. These two tools not always fulfill their role in pursuance with the constitutional basis. Even if the legislative process will be finished with success, the bills that are its subject differ greatly from the original project. Referendum, on the other hand, is an ineffective institution used rarely. It is best shown by the fact, that only two of all the referendal votings were binding the parliament.

Key words: sovereignty, nation, legislative initiative, referendum

Tomasz Guzik¹

Ekonomiczna analiza prawa jako metoda prawoznawstwa

Streszczenie:

W teorii i filozofii prawa istnieją trzy stanowiska dotyczące istnienia „metody prawoznawstwa”. Stosowanie ekonomicznej analizy prawa budzi kontrowersje nie tylko ze względu na zastrzeżenia natury czysto metodologicznej, ale także ze względu na przyjmowane w tym nurcie założenia. Przedstawiciele *Law and Economics* również nie są zgodni co do słuszności niektórych tez, co zaowocowało wyodrębnieniem się kilku szkół ekonomicznej analizy prawa. Pomimo wielu kontrowersji, możliwe jest wskazanie pewnych obszarów prawoznawstwa, w których ta metoda znajduje swoje liczne i bardzo korzystne zastosowania.

Słowa kluczowe: ekonomiczna analiza prawa; prawoznawstwo; teoria i filozofia prawa; metoda prawoznawstwa

1. Wstęp

Rozważania związane z metodologią prawoznawstwa były podejmowane już przez jurystów rzymskich, którzy stali na stanowisku, iż prawo jest nauką metodologicznie autonomiczną². Rozumienie prawa jako niezwykle doniosłego elementu życia społecznego a także cywilizacyjnego dorobku ludzkości, zawdzięczamy właśnie starożytnym Rzymianom. Fakt, iż pytanie o metodologię prawoznawstwa pojawiło się w kulturze, która położyła fundamenty pod dzisiejsze rozumienie prawa, stanowi o doniosłości

¹ Autor jest doktorantem w Katedrze Filozofii Prawa i Etyki Prawniczej na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie.

² J. Stelmach, B. Brożek, *Metody prawnicze*, Kraków 2004, s. 25–27.

tego problemu. Można nawet pokusić się o stwierdzenie, iż spór o metodę prawniczą istniał zawsze, a jego ostateczne rozstrzygnięcie jest chyba niemożliwe.

Od XIX wieku zagadnienie metodologii prawoznawstwa zaczęło przybierać na znaczeniu i do dziś jest ono żywo dyskutowane. Próbując znaleźć odpowiedź na pytanie, czy istnieje jakaś swoista dla prawoznawstwa metodologia, w piśmiennictwie teoretyków i filozofów prawa wykształciły się trzy stanowiska. Pierwsze z nich odrzuca istnienie jakiegokolwiek metodologii w naukach prawnych, a także kwestionuje samo prawoznawstwo jako gałąź nauki. Podejście to było reprezentowane przez Johanna von Kirchmanna³, J.C. Hutchesona⁴ czy też przez cały nurt *Critical Legal Studies*⁵. Drugi pogląd zakłada, iż prawoznawstwo można zakwalifikować jako uprawnioną gałąź nauki, ale tylko wtedy jeśli korzysta z metodologii innych nauk, takich jak np. matematyka, logika, fizyka, ekonomia czy psychologia. Można tu dostrzec więc swoistą heteronomię metodologiczną nauk prawnych⁶. Należy zauważyć, iż stanowisko to jest reprezentowane przez wiele najrozmaitszych nurtów filozoficznych oraz szkół prawa. Przykładowo można tu wymienić przedstawicieli realizmu prawnego, analitycznej filozofii prawa, teorii argumentacyjnych czy w końcu – będącej przedmiotem rozważań niniejszego artykułu – ekonomicznej analizy prawa. Wreszcie zwolennicy ostatniego poglądu uznają prawoznawstwo za metodologicznie autonomiczną gałąź nauki. Takie myślenie było popularne w niemieckiej szkole historycznej, wśród przedstawicieli pozytywizmu prawniczego, a w pewnym sensie także dla rzymskiej jurysprudencji⁷.

Pytanie o istnienie i ewentualną naukową charakterystykę metody prawniczej jest więc zagadnieniem żywym i skomplikowanym. W niniejszej pracy w sposób szczegółowy zostanie omówiona jedna z proponowanych w teorii prawa metod prawoznawstwa, tj. ekonomiczna analiza prawa. Autor najpierw wyjaśni pojęcie „analizy”, a następnie przedstawi pokrótce historię nurtu *Law and Economics* oraz jego podstawowe założenia, a także przedyskutuje efekty jego zastosowania w prawie. W kolejnej części artykułu autor podejmie się dyskusji z krytycznymi zarzutami dotyczącymi wykorzystania w prawie analizy ekonomicznej. Stając w obronie tej metody, zaprezentuje własne stanowisko w kwestii stosowania w prawoznawstwie metodologii innych nauk.

2. Ekonomiczna analiza prawa w prawoznawstwie

2.1. Historia nurtu

Elementów ekonomicznego myślenia w prawoznawstwie teoretycy i filozofowie prawa dopatrują się już u przywołanych we wstępie jurystów rzymskich, szczególnie zaś

³ J.H. v Kirchmann, *Die wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Berlin 1847, s. 14 i nast.

⁴ Por. J.C. Hutcheson, *Judgement Intuitive*, Chicago 1938.

⁵ Por. C. Douzinas, A. Gearey, *Critical Jurisprudence: The Political Philosophy of Justice*, Oxford, Portland 2005; R.W. Bauman, *Critical legal studies: a guide to the literature*, Boulder 1996; M. Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies*, Cambridge, Harvard 1987.

⁶ J. Stelmach, B. Brożek, *Metody...*, s. 13.

⁷ *Ibidem*, s. 24.

w rzymskim prawie rzeczowym i obligacyjnym⁸. W innym miejscu wskazuje się z kolei na to, iż pewnych związków ekonomii z prawem dopatrywali się kolejno: Arystoteles, Platon, Niccolo Macchiavelli, Thomas Hobbes, Cesare Beccaria, David Hume oraz Adam Smith⁹. Niezwykle doniosły wpływ na współczesny nurt *Law and Economics* wywarła myśl Jeremy'ego Bentham'a, zwłaszcza w kontekście późniejszych badań nad ekonomiczną analizą prawa karnego oraz zagadnień dotyczących relacji między wysokością ustawowego zagrożenia karą a prewencją ogólną¹⁰. Wskazuje się jednak, że dorobek wspomnianych myślicieli nie może uchodzić za spójny system analizy prawa z wykorzystaniem metod stosowanych w ekonomii¹¹.

Powstanie ekonomicznej analizy prawa rozumianej w ten sposób, iż do badania prawa wykorzystuje się metodologię badawczą stosowaną przez nauki ekonomiczne, możliwe było dzięki wykształceniu się realizmu prawnego oraz jurysprudencki socjologicznej¹². Pomimo tego, że wspomniane kierunki w filozofii prawa nie odniosły spektakularnego sukcesu, to pozwoliły one otworzyć się prawoznawstwu na stosowanie metodologii badawczej innych nauk.

Powszechnie uznaje się, iż początki ekonomicznej analizy prawa datuje się na wcześnie lata 60. XX wieku, kiedy to swoje przełomowe artykuły napisali Ronald Coase (*The problem of Social Cost*, 1961), Guido Calabresi (*Some Thoughts on Risk-Distribution and the Law of Torts*, 1961) oraz Armen Alchian (*Some Economics of Property Rights*, 1965)¹³. Ugruntowanie się pewnych założeń nastąpiło z kolei w następnej dekadzie, kiedy to zostało wydane dzieło, które może być wręcz nazwane „biblią ekonomicznej analizy prawa”. Mowa tutaj o *Economic Analysis of Law* (1972)¹⁴ Richarda Posnera, który w późniejszym czasie został autorem takich pozycji jak: *Antitrust Law: an Economic Perspective*¹⁵, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*¹⁶ czy *The Economics of Justice*¹⁷, uznawanych za dzieła o fundamentalnym dla całego nurtu znaczeniu. Co ciekawe, status współtwórców *Law and Economics* został formalnie przyznany na sesji plenarnej Amerykańskiego Stowarzyszenia Ekonomicznej Analizy Prawa w dniu 24 maja 1991 roku wspomnianym już Ronaldowi Coase'owi, Richardowi Posnerowi, Guido Calabresiemu oraz Henry'emu Manne'owi¹⁸.

⁸ W. Litewski, *Podstawowe wartości prawa rzymskiego*, Kraków 2001, s. 22.

⁹ E. Mackaay, *History of Law and Economics* [in:] *Encyclopedia of Law and Economics*, red. B. Bouckaert, G. de Geest, Cheltenham 2000, p. 67–68.

¹⁰ J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa*, Warszawa 2007, s. 139 i nast.

¹¹ E. Mackaay, *History...*, s. 67–68.

¹² W. Lang, J. Wróblewski, *Amerykańska teoria i filozofia prawa* [w:] *Zarys prawa Stanów Zjednoczonych*, red. J. Głuchowski, t. 1, Toruń 1988, s. 243–244.

¹³ Por. S. Harnay, A. Marciano, *Posner, Economics and the Law: from „Lawland Economics” to an Economic Analysis of Law*, *Journal of the History of Economic Thought* 2009, p. 262; J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *op.cit.*, s. 16; R. Cooter, T. Ulen, *Ekonomiczna analiza prawa*, Warszawa 2011, s. 2.

¹⁴ R. Posner, *Economic Analysis of Law*, New York 2003.

¹⁵ R. Posner, *Antitrust law: an economic perspective*, Chicago 1976.

¹⁶ R. Posner, W.M. Landes, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Boston 2003.

¹⁷ R. Posner, *The Economics of Justice*, Boston 1981.

¹⁸ <http://www.amlecon.org/>, 30.12.2016.

Od lat 70. XX wieku ekonomiczna analiza prawa zaczyna na stałe znajdować swoich zwolenników wśród teoretyków prawa na całym świecie, stając się jednym z najbardziej rozwijających się obszarów prawoznawstwa¹⁹. Co więcej, można także zaobserwować wzrost znaczenia ekonomicznej analizy w praktycznych działaniach prawników podejmowanych przez nich na salach sądowych, zwłaszcza w systemie *common law*²⁰. Chociaż nie jest możliwe określenie w sposób precyzyjny, do jakiej części rozpatrywanych przez siebie spraw praktycy prawa rzeczywiście zastosowali analizę ekonomiczną, jednak uważna obserwacja tego zjawiska pozwala wyciągnąć zaprezentowane wnioski. Z uwagi na fakt, iż z roku na rok pojawia się coraz większa liczba publikacji, książek oraz seminariów związanych z nurtem *Law and Economics*, można pośrednio wyciągnąć wnioski, iż praktyka prawnicza z pewnością nie pozostaje obojętna wobec dorobku naukowego teoretyków z zakresu ekonomii prawa²¹.

2.2. Charakterystyka nurtu

2.2.1. Szkoły

Nurt *Law and Economics* jest kierunkiem niejednorodnym. Składają się na niego liczne szkoły i odłamy, zaś przedstawiciele poszczególnych szkół często prezentują na poszczególne zagadnienia odmienne stanowiska. Jednym z podstawowych odłamów ekonomicznej analizy prawa jest szkoła chicagowska i prezentowane przez jej zwolenników podejście pozytywne. Do jej przedstawicieli zalicza się wspomnianych wyżej Ronalda Coase'a, Richarda Posnera oraz Gary'ego Beckera. Podstawowym założeniem tej szkoły jest przyjęcie, iż cechą reguł zawartych w *common law* jest osiągnięcie ekonomicznej efektywności, zaś ludzie są instrumentalnie racjonalni²². W związku z tym zdroworozsądkowy uczestnik obrotu gospodarczego i prawnego poszukuje dobrowolnej współpracy z pozostałymi aktorami. Każdy racjonalnie zachowujący się człowiek będzie bowiem dążył do wzajemnie korzystnej wymiany. Z drugiej zaś strony nie popełni on przestępstwa, jeśli korzyść jaką miałby uzyskać w wyniku przekroczenia prawa będzie niższa, niż sankcja która zostanie mu wymierzona za popełnienie tego przestępstwa²³. Szkoła chicagowska negatywnie odnosi się do możliwości maksymalizowania dobrobytu społecznego poprzez interwencje podejmowane przez państwowe instytucje. Oznacza

¹⁹ Zob. A. Guido, *Interpretazione economica del Diritto (Economic Interpretation of Law)* [in:] *Voce del Novissimo Digesto Italiano*, Torino 1983, 315–324; A.W. Jongbloed., *Recht, Economie en Rechtseconomie (Law, Economics and Law and Economics)*, Rechtsstrijd 1993, S. 204–210.

²⁰ N. Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford 1997, p. 11–12.

²¹ Ekonomicznej analizy prawa coraz częściej uczy się na Uniwersytetach w Polsce i na świecie, przeznaczając na nią osobne kursy. Istnieje także wiele stowarzyszeń, które organizują konferencje i seminaria z zakresu *Law and Economics*, takie jak *European Association of Law and Economics*. Istnieje też wiele czasopism naukowych poświęconych wyłącznie jej zagadnieniom (np. *American Law and Economic Review*, *European Journal of Law and Economics*, *Review of Law and Economics*).

²² J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *op.cit.*, s. 18.

²³ Por. J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *op.cit.*, s. 114 i nast.; J. Stelmach, M. Soniewicka, *Analiza ekonomiczna w zastosowaniach prawniczych*, Warszawa 2007, s. 86 i nast.

to, że jej przedstawiciele z rezerwą podchodzą do możliwości kształtowania ludzkich zachowań poprzez wprowadzanie określonych zmian w prawie²⁴.

Za kolejny odłam ekonomicznej analizy prawa należy uznać szkołę New Haven, inaczej nazywaną jako „szkołę progresywną” (*Progressive School*) lub jako „szkołę reformatorów prawniczych” (*Legal Reformist School*)²⁵. Nawiązuje ona do myśli Guido Calabresiego, który w swoim dorobku naukowym wskazywał, iż celem prawa jest obniżenie wskazanych przez niego pewnych rodzajów kosztów. Refleksja Calabresiego sprowadzała się do stwierdzenia, iż prawo deliktowe w Stanach Zjednoczonych jest nieefektywne ekonomicznie. Skłoniło go to do postawienia pewnych postulatów normatywnych, zrealizowanie których przyczyniłoby się do urzeczywistnienia stawianych prawu celów społecznych²⁶. Szkoła New Haven skupia się bowiem na badaniu rynkowych niesprawności (*market failures*), które winny być naprawiane poprzez rządowe interwencje²⁷. Ze względu więc na fakt, iż podejście to zakłada możliwość stawiania pewnych postulatów dotyczących treści norm prawnych przyjmuje się, iż szkoła ta reprezentuje podejście normatywne²⁸.

Innym nurtem w ekonomicznej analizie prawa jest Szkoła Virginii i reprezentowane przez jej przedstawicieli perspektywa funkcjonalna. Fundamentem i punktem wyjścia zwolenników tego stanowiska jest teoria wyboru publicznego, która z kolei jest definiowana jako ekonomiczna analiza nierynkowego procesu podejmowania decyzji²⁹. I choć przedmiotem badań teorii wyboru publicznego są nauki polityczne, to celem ich zgłębienia zakłada ona stosowanie metodologii nauk ekonomicznych. Takie podejście pozwala zmienić optykę patrzenia na działania podejmowane przez państwo. Państwo, które przeciwdziała niesprawnościom rynku (co stwierdza chociażby Szkoła New Haven) nie działa wyłącznie w interesie ogółu, ale ze względu na fakt, iż osoby zaangażowane politycznie także są *homines oeconomici*, to prawo tworzone w ten sposób nie zawsze spełni wymogi ekonomicznej efektywności. Szkoła ta bardzo mocno koncentruje się na założeniu indywidualizmu normatywnego, co oznacza, iż studia porównawcze różnych źródeł prawa wymagają odpowiedniej analizy struktury bodźców³⁰. Zwolennicy tego podejścia krytykują także reprezentowane przez pozostałe szkoły *Law and Economics* podejście pozytywne i normatywne.

²⁴ E.W. Kitch, *Chicago school of law and economics* [in:] *The New Palgrave Dictionary of Law and Economics*, red. P. Newman, t. 1, London 1998, p. 66-69. Można też dostrzec krystalizowanie się „nowej” szkoły chicagowskiej, która do kwestii interwencjonizmu państwowego podchodzi już dużo bardziej entuzjastycznie – zob. N. Mercuro, S. Medema, *Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism and Beyond*, Princeton 2006, s. 317-323.

²⁵ E. Mackaay, *Schools: General* [in:] *Encyclopedia of Law and Economics...*, s. 410.

²⁶ Por. G. Calabresi, *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, New Haven 1970.

²⁷ J. Bełdowski, K. Metelska-Szaniawska, *Law & Economics – geneza i charakterystyka ekonomicznej analizy prawa* [w] *Bank i Kredyt*, Warszawa 2007, s. 60.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ N. Mercuro, S.G. Medema, *op.cit.*, s. 84.

³⁰ J. Bełdowski, K. Metelska-Szaniawska, *op.cit.*, s. 61.

Wskazuje się wreszcie na tzw. „instytucjonalne *Law and Economics*”³¹. Kierunek ten zwraca uwagę na występujące współzależności między ośrodkami władzy w państwie a sytuacją gospodarczą wskazując, iż te dwa elementy są od siebie współzależne. Koncepcja ta bada więc oddziaływanie ekonomii na prawo, jednocześnie zajmując się także wpływem prawa na gospodarkę³².

2.2.2. Próba zdefiniowania ekonomicznej analizy prawa

W literaturze zgodnie wskazuje się, a powyższe ustalenia tylko potwierdzają, iż ekonomicznej analizy prawa nie można uznać za jeden, spójny program badawczy. Część teoretyków prawa uznaje go za nurt rozumiany jako wiązki poglądów zawierające tezę i wiele twierdzeń podrzędnych lub jako szkołę pojmowaną jako wspólnotę uczonych akceptujących pewne generalne tezy i metody badawcze³³. Richard Posner uważa, iż *Law and Economics* jest ruchem³⁴, zaś Ronald Coase oraz Charles Rowley traktują ekonomiczną analizę jako program badawczy, który stanowi pewną subdziedzinę ekonomii (aczkolwiek bez podobnego statusu w prawoznawstwie)³⁵. Jeszcze odmienne zdanie prezentują Hans-Bernd Schaefer oraz Claus Ott, zdaniem których ekonomiczna analiza ma charakter ogólniejszego podejścia charakteryzującego się stosowaniem analizy ekonomicznej w naukach społecznych – jest swoistym nowym instytucjonalizmem³⁶.

Niezwykle ciekawe i interesujące są rozważania przedstawicieli naukowców z Uniwersytetu Jagiellońskiego. Potraktowali oni ekonomiczną analizę prawa jako pewien nurt filozoficzny i wyodrębnili sześć tez, które wyznaczają „czysty typ” poglądu filozoficzno-prawnego należącego do ekonomicznej analizy prawa. Tezy te sprowadzają się w zasadzie do najbardziej fundamentalnych założeń ekonomicznej analizy prawa, dzięki czemu są one w pełni zgodne z poszczególnymi szkołami ekonomicznej analizy prawa. Jednakowoż mając na uwadze i tak dość elastyczną formułę tej koncepcji, jej twórcy stawiają warunek, iż każdy pogląd, który może być zakwalifikowany jako pogląd z nurtu *Law and Economics*, musi zakładać prawdziwość tezy, iż „jedynym celem prawa powinna być efektywność ekonomiczna”³⁷.

Przedstawione wyżej stanowiska ograniczają się do stwierdzenia, iż ekonomiczna analiza prawa jest pewnym nurtem w teorii i filozofii prawa. Ze względu na jej niejednorodność i szeroki przedmiot badań, autorzy tych stanowisk uznali za niecelowe podejmowanie się próby sformułowania spójnej definicji udzielającej odpowiedzi na pytanie, czym jest ekonomiczna analiza prawa. W tym miejscu warto jednak przedstawić chociaż kilka pojawiających się w literaturze przedmiotu propozycji. Część z nich

³¹ E. Mackaay, *Schools...*, s. 410–411.

³² J. Bełdowski, K. Metelska-Szaniawska, *op.cit.*, s. 63.

³³ W. Stankiewicz, *Historia myśli ekonomicznej*, Warszawa 2007, s. 32; J. Stelmach, B. Brożek W. Załuski, *op.cit.*, s. 17.

³⁴ R. Posner, *The Law and Economics Movement*, *American Economic Review* 1987, p. 1–13.

³⁵ Por. Ch. Rowley, *Public Choice and Economic Analysis of Law* [in:] *Law and Economics*, red. N. Mercuro, Boston 1989.

³⁶ H.B. Schaefer, C. Ott, *The Economic Analysis of Civil Law*, Cheltenham, Northampton, s. 6–7.

³⁷ J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *op.cit.*, s. 17.

odnosi się bezpośrednio do przedmiotu ekonomicznej analizy, pozostałe zaś skupiają się na stosowanej metodzie badawczej.

Robert Cooter i Thomas Ulen wskazują, że celem ekonomicznej analizy prawa jest przewidywanie wpływu ustanowionych sankcji prawnych na zachowania ludzi³⁸. Podobne podejście prezentuje Leszek Balcerowicz, który uważa, że ekonomiczna analiza prawa zajmuje się analizą rozwoju i ekonomicznych skutków rozmaitych instytucji prawnych³⁹. Definicję odnoszącą się do metodyki badawczej prezentuje zaś Heico Kerkmeester, który opisuje ruch *Law and Economics* przez pryzmat teorii racjonalnego wyboru⁴⁰. Kerkmeester powołuje się w tym miejscu na definicję Gary'ego Beckera, który zauważył, iż w ekonomicznej analizie prawa wykorzystuje się – poza teorią racjonalnego wyboru – pojęcia maksymalizacji funkcji celu uczestników obrotu gospodarczego, a także pojęcie równowagi⁴¹.

Definicję ekonomicznej analizy prawa, która odwołuje się zarówno do przedmiotu jak i metod badawczych przez nią stosowanych, zaproponował Ejan Mackaay, który stwierdził, że ekonomiczna analiza prawa jest zastosowaniem teorii ekonomii i właściwych jej narzędzi do badania, tworzenia, struktury, procesów i znaczenia prawa, przy czym jest ono analizowane nie jako element egzogeniczny wobec systemu gospodarczego, ale jako jego zmienna wewnętrzna⁴².

W opinii autora niniejszego artykułu odpowiadając na pytanie, czym ekonomiczna analiza prawa jest, należy wziąć pod uwagę dwa elementy. W pierwszej kolejności stwierdzić trzeba, iż jest to pewien nurt filozoficzno-prawny. Faktem jest, iż jest to nurt zróżnicowany, ale istnieją wskazówki – jak choćby ta stworzona przez przedstawicieli ośrodka krakowskiego – w jaki sposób można uznać określony pogląd za reprezentujący ruch *Law and Economics*. Po drugie, ekonomiczną analizę prawa można uznać za metodę prawoznawstwa, która służy do badania prawa w trzech aspektach: jego tworzeniu, wykładni oraz stosowaniu. Zagadnienie to zostanie rozwinięte w dalszej części artykułu.

2.3. Stosowanie ekonomicznej analizy w prawoznawstwie

Pomijając w tym miejscu czysto filozoficzno-prawne rozważania na temat prawa i jego ontologii, a co za tym idzie – problematykę granic stosowania ekonomicznej analizy w prawoznawstwie⁴³, nurt ten na przestrzeni ostatnich pięćdziesięciu lat rozwinął się na tyle, iż obecnie analizę ekonomiczną stosuje się w zasadzie do wszystkich gałęzi prawa. Ronald Coase początkowo zajmował się prawem zobowiązań. Współcześnie

³⁸ R. Cooter, T. Ulen, *op.cit.*, s. 3 i nast.

³⁹ L. Balcerowicz, *Systemy gospodarcze. Elementy analizy porównawczej*, Warszawa 1993, s. 8.

⁴⁰ H. Kerkmeester, *Methodology: General* [w:] *Encyclopedia of Law and Economics...*, p. 384.

⁴¹ G. Becker, *Ekonomiczna teoria zachowań ludzkich*, Warszawa 1990, s. 266–267.

⁴² E. Mackaay, *History...*, p. 65.

⁴³ Jerzy Stelmach zwraca uwagę na bardzo ważny fakt, iż by móc w pełni wykorzystać w prawoznawstwie ekonomiczną analizę prawa i narzędzia, które ona oferuje, należy sięgnąć do tych koncepcji filozoficzno-prawnych, które charakteryzują prawo jako – w sensie ontologicznym – przedmiot złożony. Zob. J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski *op.cit.*, s. 22–23.

Law and Economics bada takie dziedziny jak prawo karne, zagadnienia procesowe, prawo podatkowe, prawo własności intelektualnej czy prawo medyczne⁴⁴.

W literaturze zwrócono uwagę na konieczność rozróżnienia trzech obszarów zastosowania pojęcia „metod prawniczych” (lub inaczej: „metod prawoznawstwa”, „metod wykorzystywanych przez prawników”)⁴⁵. Przedmiotem rozważań w niniejszym artykule jest przecież ekonomiczna analiza prawa rozumiana jako metoda prawoznawstwa. I tak pierwszym zakresem zastosowania „metod prawniczych” jest wykorzystywanie danej metody przez prawników-praktyków (sędziów, adwokatów, prokuratorów) do interpretowania obowiązującego prawa i jego stosowania⁴⁶. Drugą sferą, w której można posługiwać się metodami prawoznawstwa, jest ich wykorzystanie w dogmatyce prawniczej, przede wszystkim poprzez przeprowadzanie analiz poszczególnych instytucji prawnych⁴⁷. Ostatnim obszarem zastosowań metod prawniczych jest czerpanie z nich przez teoretyków w filozofii i teorii prawoznawstwa⁴⁸.

Mając na uwadze powyższe rozważania można stwierdzić, iż ekonomiczna analiza prawa może być wykorzystywana – i często jest – przez praktyków prawa do analizy konkretnego przypadku prawnego. Zdecydowanie częściej posługują się nią adwokaci lub radcowie prawni, niż prawnicy zatrudnieni w instytucjach państwowych. Częściej też jest stosowana w systemie *common law* aniżeli w systemach kontynentalnych⁴⁹. Z pewnością ekonomiczna analiza prawa może być przydatnym narzędziem dla dogmatyków prawa, zwłaszcza na etapie prac legislacyjnych, kiedy to należy dokonać optymalizacji ekonomicznej określonej instytucji prawnej⁵⁰. Najmniejszy potencjał dotyczy trzeciego zakresu zastosowania, gdyż ekonomiczna analiza prawa nastawiona jest na jej praktyczne zastosowanie. Tym niemniej, *Law and Economics* sprowokowało kilka ważnych dyskusji filozoficznoprawnych – jak np. te dotyczące pojęcia sprawiedliwości, kwestii redukowalności prawa do faktów o charakterze ekonomicznym, czy też normatywnego postulatu o ekonomicznej efektywności prawa⁵¹.

Teoretycy prawa wskazują także na trzyetapowy schemat stosowania ekonomicznej analizy w prawoznawstwie⁵². W pierwszym kroku dokonuje się ekonomicznej wyceny określonej sprawy (tzw. „ekonomizacja przypadku”), w drugim etapie poszukuje się relewantnego modelu matematycznego uwzględniającego wszystkie istotne dla sprawy parametry. W ostatniej fazie następuje wyciągnięcie odpowiednich wniosków

⁴⁴ Zob. R. Posner, *An Economic Theory of the Criminal Law*, Columbia 1985; W.M. Landes, R. Posner, *An Economic Analysis of Copyright Law*, Journal of Legal Studies 1989.

⁴⁵ J. Stelmach, B. Brożek, *Metody...*, s. 34.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ R. Cooter, T. Ulen, *Ekonomiczna analiza prawa*, Warszawa 2011, s. 2-3.

⁵⁰ Np. przy optymalizacji procedur prawnych podczas regulowania kwestii kosztów postępowania sądowego; zob. J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *op.cit.*, s. 87-108.

⁵¹ Por. W. Załuski, *The limits of naturalism: a game-theoretic critique of justice as mutual advantage*, Kraków 2006; J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *op.cit.*, s. 11-23.

⁵² J. Stelmach, B. Brożek, *Metody...*, s. 142.

z zastosowanego modelu dla danej sprawy. Zgadzając się z zaproponowanym schematem⁵³ w łatwy sposób można dostrzec trudności wiążące się ze stosowaniem tej metody w prawoznawstwie. Pierwszą a zarazem jedną z najważniejszych przeszkód jest podjęcie się wyceny relewantnych dla sprawy parametrów. O ile stosunkowo łatwo jest oszacować wartość szkody w jakimś materialnym przedmiocie (choć i tutaj zdarzają się przypadki trudne oraz niezwykle ocenne), o tyle zawsze pojawia się problem z oceną szkód niematerialnych (przykładowo: pojęcie zadośćuczynienia w polskim kodeksie cywilnym⁵⁴). W analizie prawa karnego mogą z kolei pojawić się trudności z oszacowaniem wartości jaką dla skazanego będzie mieć kara izolacyjna w odniesieniu do potencjalnych zysków z popełnionego przez niego przestępstwa. Bo też w jaki sposób ocenić, jak bardzo dolegliwa musi być kara pozbawienia wolności, by odstraszyć przestępcę przed dokonaniem kradzieży przedmiotu o wartości X? Podobnie – w jaki sposób ukształtować wysokość kosztów procesowych, by było to w znakomitej większości przypadków opłacalne dla stron oraz całego społeczeństwa⁵⁵?

Mając świadomość tych problemów warto też zwrócić uwagę, iż przed podobnym wyzwaniem za każdym razem stają sędziowie, którzy muszą rozstrzygnąć określony przypadek. Faktem jest, iż nie muszą oni za każdym razem kwantyfikować i wyceniać wszystkich parametrów danego przypadku, ale z całą pewnością ich powinnością jest ważenie określonych wartości oraz pewnych dóbr. Sytuacja ta dotyczy zwłaszcza spraw karnych, gdzie należy przesądzić o odpowiedzialności karnej sprawcy przestępstwa. Odnosi się ona także do spraw cywilnych, zwłaszcza tych dotyczących odpowiedzialności odszkodowawczej (deliktowej jak i kontraktowej). W najmniejszym stopniu odpowiada ona polskiemu modelowi sądownictwa administracyjnego, w którym dochodzi do kontroli stosowania norm prawnych przez organy administracji publicznej⁵⁶.

Drugi etap analizy ekonomicznej, czyli dopasowanie odpowiedniego modelu matematycznego do badanego przypadku prawnego, może sprawiać mniejsze lub większe trudności – w zależności od złożoności sprawy oraz wiedzy i umiejętności prawnika. Prezentowane w literaturze sytuacje, w których dopasowuje się określony model matematyczny do stanu faktycznego, mogą sprawiać pewne trudności w ich odpowiednim zaaplikowaniu. Należy też pamiętać, iż omawiane przez teoretyków prawa przypadki są wcześniej głęboko analizowane i dyskutowane, zaś przedstawiane stany faktyczne są w dużej mierze „dopasowywane” pod określony matematyczny model⁵⁷. W praktyce może więc zdarzyć tak, że stan faktyczny jest na tyle skomplikowany, iż znalezienie odpowiedniego modelu matematycznego jest bardzo trudne lub wręcz niemożliwe, a ponadto wymagałoby od prawnika posiadania zaawansowanej wiedzy matematycznej.

⁵³ Opisane trzy etapy metody ekonomicznej można w łatwy sposób dostrzec w analizach zawartych w literaturze przedmiotu, por. R. Cooter, T. Ulen, *op.cit.*; J. Stelmach, M. Soniewicka, *op.cit.*

⁵⁴ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 16 listopada 2012 r. (II CKN 364/02), LEX nr 1237076; Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 sierpnia 1977 r., (II CR 266/77), LEX nr 7980.

⁵⁵ J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *op.cit.*, s. 87 i nast.

⁵⁶ T. Woś, H. Knysiak-Sudyka, M. Romańska, *Postępowanie sądowoadministracyjne*, Warszawa 2015, s. 31 i nast.

⁵⁷ J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *op.cit.*, s. 182.

Odnosząc się zaś do ostatniego etapu stosowania ekonomicznej analizy w prawie należy mieć na uwadze, iż interpretator stosujący metodę ekonomiczną poprzez zastosowanie nieadekwatnego schematu matematycznego, nieumiejętne wyliczenia lub zwykłe błędy rachunkowe narażony jest na wyciągnięcie wadliwych dla danej sprawy wniosków. W takim przypadku powoływanie się na fakt zastosowania ekonomicznej analizy będzie niezwykle szkodliwe. Innym problemem pojawiającym się na tym etapie jest ryzyko wyciągnięcia niepełnych konkluzji. Przyczyną tego stanu rzeczy mogą być znaczne uproszczenia analizowanego przypadku dokonane w etapie pierwszym, bądź też nieumiejętne zastosowanie optymalnego modelu matematycznego.

Pomimo wymienionych wyżej trudności związanych ze stosowaniem ekonomicznej analizy prawa, nieuprawnionym byłoby stwierdzenie, iż jest to metoda bezużyteczna dla prawoznawstwa.

2.4. Ocena przydatności ekonomicznej analizy w prawoznawstwie

Ekonomiczna analiza prawa – pomimo jej niewątpliwych wad oraz licznych uproszczeń – posiada doniosłe znaczenie dla prawoznawstwa, co zostało już wyżej wyraźnie wykazane. Warto jednak zastanowić się nad jej użytecznością mając na uwadze trzy niezwykle ważne procesy: tworzenie prawa, wykładnię prawa oraz jego stosowanie.

Wspomniane już zostało, że analiza ekonomiczna może być użyteczna w dogmatyce prawniczej, zaś podmiotem ją stosującym nieraz jest osoba odpowiedzialna za przygotowanie projektu pewnych rozwiązań legislacyjnych. Literatura nurtu *Law and Economics* zawiera zaś wiele wartościowych propozycji dotyczących tego, jak powinny być ukształtowane wybrane instytucje prawne⁵⁸. Rozsądny prawodawca powinien brać pod uwagę dorobek teoretyków prawa, którzy przeprowadzają analizę określonych rozwiązań prawnych za pomocą ekonomii prawa.

Wykładnia prawa jest z kolei procesem, który jest przeprowadzany przez każdy podmiot chcący wyinterpretować daną normę postępowania z określonego przepisu prawa⁵⁹. Wykładni dokonuje więc zarówno prawnik-praktyk, który w następnej kolejności ma zamiar zastosować wyinterpretowaną przez siebie normę prawną, jak i zwykły obywatel, który chce wyłącznie poznać treść i znaczenie obowiązującej w danym systemie normy prawnej – bez intencji jej zastosowania. Dzięki ekonomicznej analizie teoretycy prawa sformułowali szereg argumentów o ogólnym i szczególnym charakterze. Argumenty te odpowiadają powszechnie obowiązującym zasadom prawnym oraz dyrektywom mającym doniosłe znaczenie dla interpretacji norm prawnych. Mowa tutaj chociażby o takich zasadach jak *Impossibilia nulla obligatio est*, *Ne ultra petita* czy zasadę, zgodnie z którą „należy naprawić wyrządzoną szkodę”⁶⁰. Przywołane topiki prawnicze stanowią uznany dorobek europejskiej kultury prawnej i są one powszechnie wykorzystywane w wykładni norm prawnych, zaś analiza ekonomiczna umożliwia znalezienie ekonomicznego uzasadnienia dla ich używania.

⁵⁸ Por. R. Cooter, T. Ulen, *op.cit.*

⁵⁹ L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2010, s. 18.

⁶⁰ Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *op.cit.*, s. 83-84.

Wreszcie dorobek *Law and Economics* daje prawnikom-praktykom narzędzia, które mogą zostać wykorzystane w procesie stosowania prawa. Liczne są opracowania dotyczące tego, w jaki sposób powinien zachować się sąd w przypadku naruszenia prawa własności (zarówno przez podmiot prywatny, jak i publiczny), w jaki sposób należy obliczyć wysokość przysługującego odszkodowania, czy też jaką karę wymierzyć sprawcy przestępstwa⁶¹. Niezwykle wartościowe są również analizy ekonomiczne dotyczące zawierania ugód pozasądowych oraz efektywnego prowadzenia negocjacji prawniczych na etapie przedsądowym⁶². Publikacje z tego zakresu zawierają bardzo cenne i konkretne wskazówki, które mogą skrócić proces dochodzenia stron do porozumienia w określonej sprawie i tym samym – w efektywny ekonomicznie sposób zakończyć spór.

Opowiadając się zatem jednoznacznie za przydatnością stosowania analizy ekonomicznej w prawoznawstwie, warto mieć na uwadze jeszcze jedną, istotną rzecz. Prawoznawstwo jest zaliczane do dziedziny nauk społecznych, zaś specyfiką samego prawa jest regulowanie życia społecznego⁶³. Jest to więc niezwykle doniosły, ale też bardzo trudny do zrealizowania cel. Ze względu na ogromną liczbę aktorów, którzy podejmują nieskończoną liczbę decyzji, jest chyba niemożliwe pełne uregulowanie stosunków społecznych za pomocą norm prawnych. Zbiorowości ludzkie tworzą bowiem niezwykle skomplikowaną strukturę, a nauki społeczne mają doniosłą misję zgłębienia i poznania tej struktury. Ta niezwykła złożoność życia społecznego pociąga za sobą wieloaspektowość prawa, które ma na celu daną regulować życie danej społeczności. Ze względu zaś na wielowymiarowość samego prawa uważam za wysoce pożądane stosowanie w prawoznawstwie metodologii stosowanej w innych naukach, zwłaszcza metodologii używanej w ekonomii.

Niemniej jednak, warto stosować metody znane socjologii, psychologii, lingwistyce, czy też biologii i fizyce. Wspólnoty tworzone przez ludzi są częścią otaczającej nas natury, więc dzięki pogłębianiu wiedzy o otaczającej nas rzeczywistości możliwe będzie lepsze poznanie życia społecznego, a co za tym idzie – stworzenie lepszego prawa. Ekonomiczna analiza prawa, zwłaszcza z normatywnym postulatem mówiącym, iż prawo powinno być ekonomicznie efektywne, daje narzędzia, które pozwolą zbadać prawoznawstwo z perspektywy metodologii nauk ekonomicznych. Co więcej, nawet pomimo licznych uproszczeń – które są po prostu konieczne – pozwalają wyciągnąć cenne i konstruktywne wnioski co do tego, jakie normy prawne winny obowiązywać, bądź też w jaki sposób określone normy prawne należy stosować. Celem analizy ekonomicznej nie było stworzenie uniwersalnego klucza, który dawałby podmiotom stosującym prawo jednoznaczne i proste wskazówki co do tego, w jaki sposób określone normy prawne należy interpretować lub jak należy je zastosować. Ekonomiczna analiza prawa stanowi jedynie pewne narzędzie, które może – i powinno – być wykorzystywane w prawoznawstwie razem z innymi metodami. Ich mnogość jest raczej zaletą, która w gruncie rzeczy powinna być pożądana.

⁶¹ R. Cooter, T. Ulen, *op.cit.*, s. 117-123, 474-479, 646-654.

⁶² *Ibidem*, s. 539-543; Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *op.cit.*, s. 98-99.

⁶³ K. Pałeczki, *Prawoznawstwo. Zarys wykładu*, Warszawa 2003, s. 117 i nast.

3. Podsumowanie

W teorii i filozofii prawa od XIX wieku prowadzona jest żywa dyskusja na temat tego, czy prawoznawstwo posiada cechy naukowości i czy można mu przypisać autonomiczną metodologię. Nie ma jednej odpowiedzi na to pytanie. Niemniej jednak zwolennicy ekonomicznej analizy prawa zdają się zakładać pewną heteronomię metodologiczną nauk prawnych. Sam nurt *Law and Economics* liczy sobie wiele szkół i odmian, a jego jednoznaczne zdefiniowanie sprawia wiele trudności. Pomimo wielu kontrowersji co do jego założeń oraz co do stosowania na gruncie nauk prawnych, autor artykułu wskazuje, iż ekonomiczna analiza prawa znajduje wiele zastosowań. Pozwala ona lepiej zrozumieć fenomen ludzkich zachowań, a podmiotom interpretującym i stosującym normy prawne może przynieść wymierne korzyści.

* * *

Economic Analysis of Law as the Method of Jurisprudence

There are three positions concerning methodology of law in the theory and philosophy of law. Economic analysis of law raise many doubts because of its own methodology and principles. However, there is no agreement between representatives of this current on some theses concerning economic analysis of law. This is the reason why there is a few schools and movements in law and economics. Despite controversy, it is possible to indicate many areas of application economic analysis in law.

Key words: economic analysis of law; jurisprudence; theory and philosophy of law; the method of jurisprudence

Bartosz Biskup, Szymon Osmola¹

Perspektywy eksperymentalnej filozofii prawa

Streszczenie:

Intuicje mogą odgrywać istotną rolę w filozoficznej refleksji nad prawem. Ich funkcja została szczególnie doceniona w rozważaniach filozofów analitycznych i przeprowadzanych przez nich eksperymentach myślowych – np. w przeprowadzonym przez E. Gettier’a eksperymentcie dotyczącym pojęcia wiedzy. Na wyrażających intuicje truizmach oparta jest teoretycznoprawna metodologia zaproponowana przez S. Shapiro, którą wpisać można w szerszy nurt metodologiczny analizy pojęciowej w prawoznawstwie. Jako taka, analiza pojęciowa doczekała się rozbudowanej krytyki, przeprowadzonej przez zwolenników interpretatywizmu oraz naturalizmu prawniczego. Pogłębione badania nad intuicjami, prowadzone w ramach filozofii eksperymentalnej, mogą dostarczyć argumentów zarówno za, jak i przeciw ich wykorzystywaniu w refleksji filozoficznej – można je odnieść również do sporów prowadzonych na gruncie filozofii prawa, zadając pytanie o możliwość skonstruowania eksperymentalnej filozofii prawa, co też stanowi cel niniejszego artykułu.

Słowa kluczowe: intuicje, analiza pojęciowa, filozofia eksperymentalna, filozofia prawa

1. Wstęp – studenckie problemy z intuicjami

Pierwsze słowa, jakie słyszą świeżo upieczeni studenci matematyki, często brzmią: zapomnijcie o wszystkim, czego się do tej pory nauczyliście. Cała ich dotychczasowa wiedza matematyczna, którą intuicyjnie uznawali za oczywistą, okazuje się, na pewnym poziomie zaawansowania, nieadekwatna. Trochę inaczej rzecz ma się ze studentami prawa. Najczęściej idą oni na studia z myślą, że podstawową wiedzą, jaką będą zdobywać, będzie wiedza dotycząca treści przepisów prawa, zawarta w aktach prawnych.

¹ Autorzy są studentami prawa i filozofii na Uniwersytecie Jagiellońskim.

Szybko jednak przekonują się, że najtrudniejszym zadaniem wcale nie jest pamięciowa nauka przepisów, ale ich interpretacja – większość z nich okazuje się bowiem nie do końca precyzyjnie sformułowana. Mówiąc bardziej technicznym językiem – główną trudność w stosowaniu prawa stanowi subsumpcja określonego stanu faktycznego pod określone przepisy prawa. Co ciekawe, po zakończeniu studiów, kiedy studenci prawa stają się „prawdziwymi” prawnikami, okazuje się, że ich początkowe, potoczne intuicje były, przynajmniej częściowo, słuszne – tzw. *hard cases*, których analizie poświęcili większą część studiów, są przypadkami marginalnymi, a większość sporów toczonych w ramach praktyki prawniczej dotyczy nie stanu prawnego, ale sytuacji faktycznej – przepisy prawa najczęściej są bowiem wystarczająco jasne².

Z czego wynika zarysowana powyżej różnica pomiędzy studentami matematyki a studentami prawa? Chodzi, ogólnie rzecz biorąc, o żywione przez nich intuicje – początkowe intuicje studentów matematyki, dotyczące przedmiotu ich studiów, okazują się, co do zasady, błędne, podczas gdy początkowe intuicje studentów prawa, dotyczące przedmiotu ich studiów, okazują się w dużej mierze słuszne. Jak wytłumaczyć tę różnicę i jakie wnioski płyną z niej dla chcących uprawiać filozoficzną refleksję nad matematyką czy prawem? (w pracy tej skupimy się oczywiście na filozofii prawa). Aby odpowiedzieć na to pytanie, przyjrzyjmy się najpierw roli, jaką intuicja może odgrywać w filozofii jako takiej.

2. Intuicje w filozofii analitycznej

Intuicja to jeden z tych fenomenów, które w języku potocznym można wyrazić na wiele sposobów. Myśląc o „używaniu intuicji”, mamy przeważnie na myśli jakiś przedrefleksyjny czynnik – coś, co tkwi „w nas” i „podpowiada nam”, że jest tak a tak. Problem z intuicjami jest jednak taki, iż każdy może powołać się na swoją własną. Niemniej w filozofii, szczególnie analitycznej, odwoływanie się do intuicji jest powszechnie przyjmowaną metodą badania np. pojęć. Może ono doprowadzić chociażby do obalenia takiej koncepcji, która przez długi okres była powszechnie uznawana³. Najlepiej widać to na przykładzie analizy pojęcia wiedzy dokonanej przez Edmunda Gettier’a.

Klasyczna koncepcja wiedzy (*JTB*⁴) zakłada trzy warunki, jakie muszą zostać spełnione, aby można było mówić o wiedzy. S wie, że *p*, wtedy i tylko wtedy, gdy:

- 1) *p* jest prawdziwe,
- 2) S jest przekonany, że *p* jest prawdziwe,
- 3) przekonanie S-a, że *p* jest uzasadnione.

Gettier wskazał, iż spełnienie tych trzech warunków nie jest tożsame z tym, co intuicyjnie rozumiemy przez „wiedzę”, odnosząc się do następującego przykładu:

² Obserwację tę podajemy za A. Marmor, *Philosophy of Law*, Princeton 2011, s. 137–138.

³ J.C. Wright, *Intuitional Stability* [w:] *A Companion to Experimental Philosophy*, red. J. Sytsma, W. Buckwalter, New York 2016, s. 568.

⁴ Powszechnie używany skrót pochodzi od angielskiego sformułowania: *Justified True Belief*.

Przypuśćmy, że dla Smitha jest zupełnie oczywiste co następuje:

(f) Jones posiada Forda

Dla Smitha może być to oczywiste dlatego, że pamięta Jonesa jako posiadającego samochód, którym był zawsze Ford i dlatego, że Jones właśnie zaproponował mu przejażdżkę prowadząc Forda. Wyobraźmy sobie teraz, że Smith ma innego przyjaciela, Browna, i że nie wie o miejscu jego pobytu. Smith bierze trzy przypadkowe nazwy miejscowości i konstruuje następujący zestaw trzech zdań:

(g) Jones ma Forda lub Brown jest w Bostonie.

(h) Jones ma Forda lub Brown jest w Barcelonie.

(i) Jones ma Forda lub Brown jest w Brest-Litovsk.

Każde z tych zdań wyprowadzone jest ze zdania (f). Przyjmijmy, że Smith zdaje sobie sprawę, że każde z tych zdań wynika z (f) i przechodzi do uznania (g), (h) i (i) na podstawie (f). Smith poprawnie wyprowadza (g), (h) i (i) ze zdania, które jest dla niego zupełnie oczywiste. Smith zatem z pełnym uzasadnieniem uznaje każde z tych trzech zdań. Oczywiście nie wie, gdzie jest Brown. Ale przyjmijmy teraz, że zachodzą dwa dalsze warunki. Po pierwsze, Jones nie posiada Forda, tylko jeździ wynajętym samochodem. Po drugie, przez zbieg okoliczności, o którym Smith oczywiście nic nie wie, miejscowość wymieniona w zdaniu (h) jest akurat tą, w której Brown przebywa. Jeżeli zachodzą te dwa warunki, to Smith nie wie, że (h) jest prawdziwe, nawet gdy (i) (h) jest prawdziwe, (ii) Smith jest przekonany, że (h) jest prawdziwe i (iii) przekonanie Smitha, że (h) jest prawdziwe, jest uzasadnione⁵.

Przykład ma ilustrować pewien charakterystyczny dla analizy pojęciowej typ myślenia. Opiera się on na badaniu tego, czy dane fenomeny posiadają cechy, które są interesujące z filozoficznego punktu widzenia⁶. W zamyśle autora konkretnego eksperymentu myślowego na zaproponowane przez niego rozwiązanie nie można odpowiedzieć nic innego niż znane z platońskich dialogów: „Nie może być inaczej, Sokratesie”. I to właśnie intuicja jest tym, co ma popierać zaproponowane rozwiązanie – w omawianym wypadku wnioszek o nieadekwatności dotychczasowej definicji wiedzy.

2.1. Eksperymenty myślowe

Eksperyment myślowy (EM) jest powszechnie akceptowanym i jednym z najsilniejszych narzędzi współczesnej metafizyki analitycznej. EM dotyczy pojęć: granic ich stosowności, adekwatności oraz sposobów zastosowania w różnych sytuacjach. Przeprowadza się go m.in. ze względu na niemożliwość przeprowadzenia eksperymentu w świecie rzeczywistym, potrzebę przedstawienia pewnego abstrakcyjnego stanu rzeczy w łatwy

⁵ E.L. Gettier, *Is Justified True Belief Knowledge?*, *Analysis* 23, 1936, tł. J. Hartman, J. Rabus, s. 121–123, <http://filozofiauw.wdfiles.com/local—files/teksty-zrodlowe/Gettier%20-%20Czy%20jest%20wiedza.pdf>, 27.12.2016. W dalszej części pracy, o ile nie zaznaczono inaczej, wszelkie tłumaczenia pochodzą od autorów.

⁶ S. Stich, K.P. Tobia, *Experimental Philosophy and the Philosophical Tradition* [w:] *A Companion to...*, s. 6.

do zrozumienia sposób, czy po prostu dla poparcia jakiejś teorii. Najbardziej skuteczne są jednak te eksperymenty myślowe, które służą obaleniu jakiejś teorii, jak w podanym wyżej przykładzie⁷. Poprzez przeprowadzenie *EM* nabieramy pewnego doświadczenia – nie jest to jednak doświadczenie empiryczne. Eksperymenty myślowe są jednak stosowane przez filozofów i przeznaczone w przeważającej mierze dla innych filozofów. Co ważne, to nie od samej treści eksperymentu myślowego zależy, czy dana teoria zostanie np. skutecznie obalona. Taki rezultat zależy raczej od tego, czy eksperymentator zaakceptuje wyniki, które, w opinii formułującego eksperyment, powinny „same się narzucić”. Jednakże różni ludzie, o odmiennym wykształceniu i wychowaniu w ramach różnych kultur, są w stanie zaakceptować i wyobrazić sobie różne rzeczy. Zanim jednak przejdziemy do omówienia problemów, jakie generalnie rodzić może wykorzystanie tego typu rozumowania w filozofii, zobaczymy, jak przedstawione wyżej metody mogą być wykorzystane w filozofii prawa – za przykład posłużą nam metodologiczne rozważania S. Shapiro z książki *Legality*.

3. Intuicje, truizmy i filozofia prawa

Filozoficzne badanie dowolnego fenomenu, twierdzi Shapiro, powinno zaczynać się od zgromadzenia jak największej liczby truizmów na jego temat⁸. Truizmy scharakteryzować można jako takie stwierdzenia, których prawdziwość jest dla wypowiadającego je czymś oczywistym sama przez się. Są one wyrazem żywionych przez nas intuicji. Nie są to wyrażenia po prostu prawdziwe. Różnicę pomiędzy wyrażeniami po prostu prawdziwymi (*true statements*) a wyrażeniami będącymi truizmami (*truistic statements*) uchwycić można poprzez pokazanie, jakie wrażenie wywiera na nas zaprzeczenie obu rodzajom wyrażen. Kiedy ktoś zaprzecza wyrażeniu po prostu prawdziwemu, jesteśmy skłonni przyznać tylko, że jego przekonania są niewłaściwe. Natomiast gdy ktoś zaprzecza wyrażeniu będącemu truizmem, jego wypowiedź uważamy za niedorzeczną, absurdalną⁹.

Dobra teoria filozoficzna to taka teoria, która bierze pod uwagę, porządkuje i stara się wyjaśnić możliwie wiele truizmów dotyczących jej przedmiotu. Przykładowo, jeżeli chcemy zbudować filozoficzną teorię wiedzy, powinniśmy dążyć do tego, aby była ona w stanie zawrzeć w sobie jak największą liczbę przekonań, które intuicyjnie wiążemy z pojęciem wiedzy. Chcąc zaś zbudować adekwatną i efektywną poznawczą teorię prawa, musimy zacząć od zebrania możliwie dużej liczby takich wyrażen mówiących o prawie, które uznajemy za oczywiste. Wyrażen takich jest siłą rzeczy mnóstwo,

⁷ Od eksperymentów odróżnia się czasem: paradoksy, antynomie, okresy kontrfaktyczne oraz sytuacje hipotetyczne. Być może więc niektórzy teoretycy eksperymentów myślowych mocno negatywnie zareagują na taką kategoryzację „problemu Gettier’a”. Nie jest jednak naszym celem rozwiązywanie semantycznych problemów związanych z „paradoksami myślowymi”. Zainteresowanych tematem czytelników odsyłamy do: *Intuition, Imagination, and Philosophical Methodology*, 2010 lub do *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, hasło: *Thought Experiment*, Proceedings of the 2002 Biennial Meeting of The Philosophy of Science Association, Part II: Symposia Papers, red. S.D. Mitchell, 2014, s. 1155.

⁸ S. Shapiro, *Legality*, Cambridge 2011, s. 13.

⁹ *Ibidem*, s. 405.

Shapiro ogranicza się do wymienienia kilkunastu z nich¹⁰. W każdym systemie prawnym występują sędziowie. Sądy interpretują prawo. Niektóre przepisy prawa nakładają na nas zobowiązania. Normy prawne często są opatrzone sankcją. W każdym systemie prawnym występuje jednostka lub instytucja posiadająca kompetencje do ustanowienia lub zmiany prawa. Znajomość prawa nie zawsze motywuje nas do działania zgodnego z prawem. I tak dalej.

Należy jednak pamiętać, że truizmy są tylko punktem wyjścia dla budowy teorii. Nie musimy również wymagać, aby teoria obejmowała swoim zasięgiem wszystkie truizmy dotyczące jej przedmiotu – wymóg taki wydaje się wręcz niemożliwy do spełnienia, biorąc pod uwagę jak wiele truizmów możemy sformułować na temat dowolnego fenomenu. Jeżeli jednak teoria pomija zbyt wiele truizmów, zmienia się jej przedmiot, a zatem przestaje być ona teorią adekwatną¹¹. Nie będziemy w tym miejscu badać, czy sformułowana przez Shapiro teoria prawa jako planu w wystarczającym stopniu spełnia powyższe postulaty metodologiczne¹². Uwagę chcemy skupić wyłącznie na samej metodologii, której podstawy przedstawiliśmy powyżej. Metodologię tę wpisać można w szerszy nurt filozoficzno-prawny, znany pod nazwą analizy pojęciowej lub jursprudencji analitycznej¹³.

3.1. Analiza pojęciowa w prawie

Analiza pojęciowa (AP), jak sama nazwa wskazuje, sprowadza się do analizy określonych pojęć – na gruncie prawoznawstwa chodzi oczywiście głównie o pojęcie samego prawa, do czego nawiązuje tytuł słynnego dzieła Herberta Harta. Chociaż coś na kształt analizy pojęciowej uprawiał już w XIX wieku John Austin w książce *The Province of Jurisprudence Determined*, to właśnie publikacja *Pojęcia prawa*, a zwłaszcza późniejszego *Postscriptu*, zorientowanego w dużej mierze na kwestie metodologiczne, była dla opisywanego nurtu momentem przełomowym¹⁴. AP nawiązuje w pewnej mierze do osiągnięć tzw. oksfordzkiej szkoły języka potocznego, reprezentowanej przez myślicieli takich, jak Gilbert Ryle czy Peter Strawson¹⁵. W dalszej części pracy ograniczymy się do ogólnego przedstawienia założeń szkoły analizy pojęciowej w prawoznawstwie, bez wyróżniania poglądów poszczególnych jej przedstawicieli – Harta i jego licznych następców. Rozważania te najlepiej będzie zacząć od wyjaśnienia samego terminu „pojęcie”.

¹⁰ *Ibidem*, s. 15.

¹¹ *Ibidem*, s. 13.

¹² Zob. np. B. Brożek, *Normatywność prawa*, Warszawa 2012, s. 274–278.

¹³ W dalszej części artykułu używać będziemy głównie wyrażenia „analiza pojęciowa” (które domyślnie odnosimy do analizy pojęciowej w prawie), gdyż zwrot „jursprudencja analityczna” wywoływać może skojarzenia z teorią prawa J. Austina. Wydaje się jednak, że mogą one być używane zamiennie, razem z innymi równoważnymi zwrotami, jak np. analityczna filozofia prawa.

¹⁴ Zob. J. Dickson, *Methodology in Jurisprudence: a critical survey*, Legal Theory, 10 (3), s. 117–156.

¹⁵ Inaczej: A. Marmor, *Farewell to Conceptual Analysis (in Jurisprudence)* [w:] *Philosophical Foundations of the Nature of Law*, red. Waluchow & Sciaraffa, Oxford 2013, s. 209–229. Marmor uważa, że głównym celem Harta było sformułowanie redukcjonistycznej teorii prawa, a nie analiza pojęcia prawa.

„Pojęcie” rozumieć można w różnoraki sposób. W najwęższym rozumieniu jest to po prostu pewien twór językowy. Przy takim ujęciu analiza pojęciowa sprowadza się więc do badania znaczenia wyrazów, nie będąc w stanie dostarczyć żadnej istotnej wiedzy o świecie. Przyjmując wąskie rozumienie pojęcia filozofowie prawa narażają się na zarzut „semantycznego ukąszenia”, po raz pierwszy wysunięty przez Ronalda Dworkina¹⁶. Wydaje się jednak, że ani Hart, ani żaden inny liczący się zwolennik AP, nie uznawał swojej działalności za wyłącznie lingwistyczną. Zdecydowana większość z nich uważa, że przedmiot ich badań stanowi nie tylko językowe znaczenie słowa „prawo”, ale również istotne cechy prawa jako takiego. Pojęcie jest więc ich zdaniem czymś pośrednim pomiędzy słowami a światem¹⁷. Również przy takim, szerokim rozumieniu pojęcia, AP w prawie nie jest nurtem jednolitym. Za Natalie Stoljar wyróżnić można w jej ramach trzy zasadnicze odmiany – czysto pojęciową (*the conceptual project*), deskryptywną (*the descriptive project*) oraz amelioracyjną (*the ameliorative project*)¹⁸.

Analiza pojęciowa w odmianie czysto pojęciowej dąży do „odkrycia pewnego, prawdopodobnie wyidealizowanego, powszechnie przyjmowanego rozumienia danego pojęcia, które pomoże ona wyartykułować, ale nie będzie w stanie wyjść poza nie”¹⁹. AP w odmianie deskryptywnej stara się z kolei „rozwinąć potencjalnie trafniejsze pojęcia poprzez uważne rozważanie danego fenomenu, opierając się przeważnie na empirycznych lub quasi-empirycznych metodach”²⁰. Analiza deskryptywna rozumie więc swoje zadanie szerzej niż analiza czysto pojęciowa, zakładając, że jest w stanie wyjść poza powszechnie przyjmowane rozumienie danego pojęcia, które często może być po prostu błędne. Trzecia odmiana AP, stosunkowo najmniej popularna wśród badaczy – analiza amelioracyjna – nie zakłada żadnego wcześniejszego, powszechnie podzielanego znaczenia pojęcia „prawo”, a nawet jeśli go zakłada, to uznaje je za zbyt nieostre i niedookreślone, aby opierać się na nim w swoich dociekaniach. Zwolennicy tego podejścia dążą do stworzenia takiej definicji danego pojęcia, która najlepiej odpowiadałaby pewnym z góry określonym celom badawczym²¹. Podsumowując powyższy podział można powiedzieć, że analiza czysto pojęciowa dąży do sformułowania definicji sprawozdawczej pojęcia prawa, analiza deskryptywna do sformułowania jego definicji regulującej, natomiast analiza amelioracyjna – definicji projektującej. Podziału tego nie należy oczywiście traktować jako podziału logicznego – w poszczególnych teoriach wszystkie trzy podejścia można łączyć, a zakwalifikowanie danej teorii do jednego z trzech typów AP będzie zależeć od tego, które elementy będą w jej ramach dominować. Przykładowo, jeżeli przyjrzymy

¹⁶ Zob. np. A. Dyrdy, (Czy) kogo (ś) jeszcze kąsa „żądło semantyczne”? [w:] *Przedkładka nad wyrazami*, Kraków 2010, s. 34 i nast.

¹⁷ J. Raz, *Can There Be a Theory of Law* [w:] *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, red. Golding & Edmundson, s. 1-7.

¹⁸ N. Stoljar, *What Do We Want Law to Be? Philosophical Analysis and the Concept of Law* [w:] *Philosophical Foundations...*, s. 230-56.

¹⁹ N. Stavropoulos, *Hart's Semantics* [w:] *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*, red. J.L. Coleman, 2000, s. 70. Cyt. za N. Stoljar, *op.cit.*, s. 234.

²⁰ S. Haslanger, *What Are We Talking About? The Semantics and Politics of Social Kinds*, Hypatia, 20, s. 12. Cyt. za N. Stoljar, *op.cit.*, s. 235.

²¹ N. Stoljar, *op.cit.*, s. 237.

się przedstawionym w poprzednim punkcie założeniom metodologicznym Shapiro, dostrzeżemy tam zarówno elementy podejścia czysto pojęciowego (zebranie jak największej liczby truizmów dotyczących prawa), podejścia deskryptywnego (skonstruowanie teorii tłumaczącej jak największą liczbę owych truizmów) oraz pewne elementy podejścia amelioracyjnego (które wyrażają się głównie w próbie wyartykułowania jego własnej koncepcji prawa jako planu), z dominacją podejścia deskryptywnego.

Jednakże AP jako metoda filozofii prawa spotkała się z rozbudowaną krytyką w literaturze przedmiotu.

3.2. Analiza pojęciowa w prawie – krytyka

Krytyka ta płynie zasadniczo z dwóch źródeł. Z jednej strony atakują analizę pojęciową interpretatywiści, będący spadkobiercami myśli Ronalda Dworkina, z drugiej natomiast naturaliści, za których najważniejszego przedstawiciela uznaje się powszechnie Briana Leitera²². Krytyka płynąca ze strony interpretatywistów wpisuje się w szerszy kontekst „odwiecznej”, na gruncie filozofii prawa, debaty Harta z Dworkinem. Wyżej wspomnieliśmy już o Dworkinowskim argumentie „semantycznego ukąszenia”, które godzić miało w wizję Harta przedstawioną w *Pojęciu prawa*. Główny zarzut Dworkina w stosunku do AP, rozwinięty przez jego następców, jest jednak bardziej ogólnej natury. Oto bowiem zwolennicy AP w prawie twierdzą, że możliwe jest zbudowanie czysto deskryptywnej, neutralnej aksjologicznie teorii prawa. Założenie to, zdaniem interpretatywistów, jest błędne²³. Teoria prawa jest bowiem z samej swojej istoty przedsięwzięciem uwikłanym w rozmaite wartościowania – każda taka teoria powinna dążyć, według Dworkina i jego następców, do opisania istniejącego systemu prawa „w najlepszym możliwym świetle”, co jest możliwe tylko przy wykorzystaniu tzw. konstruktywnej interpretacji²⁴. Interpretacja taka, siłą rzeczy wartościująca, pozwala na najlepsze zrozumienie fenomenu prawa we wszystkich jego wymiarach, podczas gdy analiza pojęciowa, z założenia deskryptywna, często pomija lub lekceważy normatywny aspekt prawa, który w znacznej mierze stanowi o jego istocie²⁵. To bardzo ogólne przedstawienie argumentacji interpretatywistów wydaje się wystarczające dla celów niniejszej pracy. Przejdźmy zatem do zarzutów płynących ze strony naturalistów, skupiając się na krytyce AP zaproponowanej przez Leitera (niektóre z owych zarzutów mogliby zresztą równie zasadnie podnieść interpretatywiści, czy nawet zwolennicy niektórych teorii prawa natury).

²² Pomijamy w tym miejscu różne teorie zwolenników prawa naturalnego, których argumenty w pewnej mierze pokrywają się z argumentami interpretatywistów.

²³ Zob. np. N. Stavropoulos, *Obligations, Interpretivism and the Legal Point of View* [w:] *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, red. A. Marmor, Routledge 2012, s. 76–92.

²⁴ Co do konstruktywnej interpretacji zob. np. S. Perry, *Interpretation and Methodology in Legal Theory* [w:] *Interpretation and Legal Theory*, red. A. Marmor, 1995, s. 129–131; R. Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge 1986.

²⁵ Jednak niektórzy filozofowie twierdzą, że pewien aspekt normatywny można zawrzeć w samym znaczeniu słów. Zob. np. M. Black, *The Gap Between 'Is' and 'Should'*, *The Philosophical Review* 1964, vol. 73, no. 2, s. 169.

Przeprowadzona przez Leitera krytyka czerpie inspirację z myśli W. Quine'a – amerykańskiego filozofa, który zasłynął m.in. z zanegowania powszechnie uznawanego podziału zdań na analityczne i syntetyczne²⁶. Wyróżnienie z ogółu zdań podzbioru zdań analitycznych, tj. zdań, o których prawdziwości decyduje wyłącznie znaczenie zawartych w nim sformułowań (np. zdanie o treści: Kawaler to nieżonaty mężczyzna.), obaj myśliciele uznają za nieuprawnione – wiedzę o prawdziwości zdań rzekomo „analitycznych” również ostatecznie czerpiemy z doświadczenia, nawet jeżeli nie zawsze zdajemy sobie z tego sprawę. Skoro zatem rzekoma „analityczność” zdań analitycznych jest czymś pozornym, nie ma większego sensu analiza pojęciowa, która za swój przedmiot obiera, wedle własnych deklaracji, właśnie takie zdania. AP jest przedsięwzięciem jałowym – choć pozornie badamy za jej pomocą znaczenia poszczególnych pojęć, tak naprawdę zajmujemy się zdaniami w równym stopniu możliwymi do empirycznej weryfikacji (bądź falsyfikacji), co wszystkie inne zdania; ich weryfikacja/falsyfikacja może być nawet trudniejsza, właśnie z powodu ich pozornej oczywistości. Każdy badacz aspirujący do uprawniania poważnej refleksji filozoficznoprawnej powinien za fundament swoich dociekań przyjąć najbardziej aktualne osiągnięcia nauk społecznych mających prawo za swój przedmiot – wyniki te są bowiem o wiele pewniejsze od wyrażających pozorne oczywistości zdań „analitycznych”²⁷. Takie poglądy Leitera sytuują go w tradycji amerykańskiego realizmu prawniczego, do której to tradycji amerykański filozof często się zresztą odwołuje.

Łatwo zauważyć, że argumentacja zarówno interpretatywistów, jak i naturalistów, sprowadza się w dużej mierze do krytyki wykorzystywania intuicji (do których odwołujemy się próbując wyjaśnić znaczenie określonych pojęć), czy będących ich wyrazem truizmów w refleksji filozoficzno-prawnej. Interpretatywista zasadnie może bowiem twierdzić, że intuicje, które żyjemy w stosunku do prawa, nie są czymś wolnym od wartościowania – ze swojej istoty są one normatywne, choćbyśmy nie zdawali sobie z tego sprawy, w związku z czym niemożliwe jest oparcie na nich czysto deskryptywnej teorii. Naturalista z kolei, choć dzieli ze zwolennikiem analizy pojęciowej przekonanie o możliwości zbudowania nieuwikłanej w aksjologię teorii prawa, nie podziela jego poglądu co do najlepszego sposobu skonstruowania takiej teorii. Odwołujący się do intuicji czy prowadzący klasyfikację prawniczych truizmów filozofowie nie są w stanie osiągnąć zbyt wielu satysfakcjonujących rezultatów, a uprawiana przez nich „kanapowa” filozofia nie ma we współczesnym świecie racji bytu. Za przykład podają oni chociażby wspomnianą nieadekwatność podziału zdań na analityczne i syntetyczne – dla wielu oczywistego. Zarówno interpretatywiści, jak i naturaliści mogą również podnieść przeciw analizie pojęciowej argument z tzw. pluralizmu intuicji. Dlaczego, można by zapytać, mamy brać pod uwagę ludzkie intuicje dotyczące prawa za podstawę naszych badań, skoro intuicje te często fundamentalnie się między sobą różnią? Czyje intuicje brać w takim wypadku pod uwagę? I co sprawia, że powinniśmy wybrać właśnie te, a nie inne intuicje? Czy większa znajomość prawa jest tu odpowiednim kryterium?

²⁶ W.V.O. Quine, *Two Dogmas of Empiricism*, *The Philosophical Review* 60, s. 20-42.

²⁷ B. Leiter, *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford 2007, s. 183-199.

Przykładowo – eksperci często żywią w stosunku do przedmiotu swojej dziedziny inne intuicje, niż pozostała część populacji. Ale przecież nawet wśród ekspertów intuicje mogą być zupełnie odmienne – w dziedzinie prawa widać to szczególnie wyraźnie. Wszystko to czyni wartość poznawczą intuicji podejrzaną. Interpretatywista mógłby dodać jeszcze – czy to, że do pewnych intuicji przykładamy większą wagę niż do innych, nie jest samo w sobie czymś ocennym, co stawia pod znakiem zapytania twierdzenia zwolenników poglądu o możliwości uprawiania czysto deskryptywnej teorii prawa²⁸. Co więcej, również sami zwolennicy *AP* przyznają, że pluralizm intuicji jest na gruncie ich teorii czymś wysoce problematycznym²⁹. Łatwo zauważyć, że zarysowana wyżej krytyka wpisuje się w ogólniejszy nurt myślowy piętnujący wykorzystywanie intuicji w filozofii.

Przedstawione zarzuty można osłabić, odwołując się do zarysowanej wyżej różnorodności panującej w obrębie samej analizy pojęciowej. Przykładowo, na zarzut z pluralizmu intuicji można odpowiedzieć, przywołując jej deskryptywną lub amelioracyjną odsłonę – skoro naszym celem jest sformułowanie trafniejszej definicji prawa (sformułowanie definicji regulującej) lub nawet całkowite jej przeformułowanie (sformułowanie definicji projektującej), to trudno zarzucać *AP* przesadny promiskuityzm w czerpaniu inspiracji z ludzkich intuicji, które dla naszych dociekań stanowią w końcu jedynie punkt wyjścia. W podobny sposób odeprzeć można zarzut naturalistów dotyczący nieefektywności „kanapowej” filozofii – jak wspomnieliśmy, zwolennicy *AP* (w odsłonie deskryptywnej) często sięgają do metod empirycznych lub quasi-empirycznych. Powyższe uwagi nie są oczywiście w żaden sposób konkluzywne. Nie można wykluczyć, że argumenty przeciw *AP* są trafne. Naszym celem nie jest tutaj całkowite ich obalenie. Zamierzamy jedynie pokazać, że zwolennicy *AP* mogą szukać sojuszników wśród grupy myślicieli uprawiających tzw. filozofię eksperymentalną, której metody mogą być przydatne właśnie przy odpowiednim „ociosywaniu” różnorodnych ludzkich intuicji.

4. Filozofia eksperymentalna

Filozofia eksperymentalna (*Xphi*) jest nurtem filozofii analitycznej, który do dotychczas stosowanych w filozofii narzędzi dodaje nowe – eksperyment. Nie chodzi tu jednak o eksperyment myślowy, a raczej o ten znany z nauk społecznych. Przedstawicielami *Xphi* są m.in.: Joshua Knobe oraz Shaun Nichols, redaktorzy książki *Experimental Philosophy*, która, razem z zawartym w niej esejem *An Experimental Philosophy Manifesto*³⁰, jest pierwszą próbą uporządkowania tej dość młodej dziedziny wiedzy. O coraz większym wpływie i uznaniu *Xphi* świadczy m.in. to, że w ramach

²⁸ Wydaje się jednak, że każda teoria musi dokonywać pewnej selekcji danych – w innym wypadku nie będzie ona bowiem teorią, a tylko zbiorem przypadkowych informacji. Ta słaba forma ewaluatywności nie może być jednak traktowana jako argument przeciwko deskryptywnemu charakterowi samej teorii. Zob. J. Dickson, *Methodology in Jurisprudence: a critical survey*, *Legal Theory*, 10 (3), s. 117–156.

²⁹ S. Shapiro, *op.cit.*, s. 16.

³⁰ J. Knobe, S. Nichols, *An Experimental Philosophy Manifesto* [w:] *Experimental Philosophy*, red. J. Knobe, S. Nichols, Oxford 2008.

słynnej serii *Blackwell Companions to Philosophy* został już wydany *A Companion to Experimental Philosophy*³¹.

We wspomnianym eseju Knobe i Nichols piszą, iż filozofia eksperymentalna, pomimo jej ścisłego związku z nurtem analitycznym, dąży do tego, od czego ten nurt się odwrócił: pochylenia się nad pytaniami o kondycję człowieka. „Filozofowie myśleli o istotach ludzkich oraz o tym, jak działa ich umysł. Interesowali się rozumem i namiętnością, kulturą i ideami wrodzonymi, pochodzeniem przekonań moralnych i religijnych. W tym tradycyjnym ujęciu nie było szczególnie ważne to, aby jasno oddzielać filozofię od psychologii, historii, czy nauk politycznych”³². Odwołując się do samego początku manifestu można stwierdzić, iż filozofia eksperymentalna wpisuje się we współczesny nurt interdyscyplinarnych badań filozoficznych i naukowych – a przynajmniej podejmuje próbę złamania ścisłej metodologicznej niezależności. Przy próbie odpowiedzi na klasyczne pytania filozoficzne przydatne mają być również intuicje. Jednak nie własne intuicje, do których dotychczas odwoływali się filozofowie, ale intuicje przeciętnych ludzi, niezaznajomionych ze skomplikowanymi teoriami filozoficznymi. Przykładowo, w przedstawionym powyżej eksperymencie myślowym Gettier’a, koncepcją wiedzy, którą miał on obalać, była koncepcja wiedzy uznawana przez „zachodnich filozofów o wysokim wskaźniku socjo-ekonomicznym”³³. Eksperyment ten okazał się więc przekonujący właśnie dla takich osób. Z kolei intuicje przeciętnych ludzi, przed powstaniem nurtu *Xphi*, po raz ostatni były badane najprawdopodobniej przez samego Sokratesa.

Szczególną uwagę przedstawiciele filozofii eksperymentalnej zwracają na fakt, iż nie jest tak, że badanie języka (np. potocznego) przez filozofów dotyczy sposobu jego używania przez zwykłych ludzi. Badanie to dotyczy natomiast tego, jak język ten jest używany według tych filozofów. „Filozof pojęciowy może napisać, iż: «W tym przypadku, można z pewnością powiedzieć, że...», podczas gdy filozof eksperymentalny powiedziałby: «W tym wypadku, 79% badanych powiedziało»...”³⁴. Różnica jakościowa polega więc na badaniu rzeczywistych intuicji przeciętnych ludzi wobec zaproponowanych rozwiązań, a nie tych, które przypisuje im filozof. Trzymając się dalej kontrprzykładu Gettier’a przypomnijmy, iż do czasu publikacji jego artykułu, koncepcja *JTB* była względnie powszechnie (tzn. wśród zachodnich, dobrze sytuowanych filozofów) przyjmowana. Tłumaczenie tego pojęcia odbywało się poprzez inne pojęcia³⁵. Filozofowie eksperymentalni unikają takiego sposobu tłumaczenia zjawisk. Decydują się na zbadanie tego, co przeciętni ludzie są skłonni przyjąć, a następnie starają się dostarczyć wyjaśnienia, z czego wynikają takie, a nie inne intuicje, co docelowo może posłużyć im do zbudowania bardziej kompletnej teorii natury człowieka

³¹ *A Companion to Experimental Philosophy*, red. W. Buckwalter, J. Sytsma, New York 2016.

³² J. Knobe et al., *An Experimental...*, s. 3.

³³ S. Nichols, S. Stich, J.M. Weinberg, *Meta-skepticism: Meditations in Ethno-Epistemology* [w:] S. Stich, *Collected Papers*, Volume 2: *Knowledge, Rationality, and Morality* (1978–2010), 2012, s. 245.

³⁴ J. Knobe et al., *An Experimental...*, s. 4.

³⁵ Metoda polegała więc na tym, że formułowano tezę: „wiedza” to jest takie przekonanie, które... Następnie przechodzono do badania pojęcia „przekonania” i tak podążano dalej.

i stworzenia pewnego wzorca ludzkich intuicji. Ów wzorzec jednak, na co wskazują kolejne przeprowadzane eksperymenty, jest czymś, do czego można jedynie dążyć – bez gwarancji, że rzeczywiście uda się to uchwycić.

Naturalnie rodzi się tu pytanie: badanie których konkretnych intuicji przyczynić się może do uzyskania odpowiedzi na nurtujące filozofów pytania dotyczące zagadnień takich jak wiedza, działanie intencjonalne, istnienie wolnej woli, czy relacja prawa i moralności. Czy nie mamy tu do czynienia jedynie ze sztuczką apologetów *Xphi*? Filozofia (ani prawo) nie jest i nigdy nie była plebiscytem³⁶. Badanie statystycznego rozkładu odpowiedzi na określone pytania jest tylko pierwszym krokiem, który pośrednio ma nam służyć poznaniu innych faktów. Sam statystyczny rozkład odpowiedzi nie jest w stanie skłonić do zmiany poglądów żadnego filozofa. Argument ze statystycznego rozkładu odpowiedzi jako taki nie jest dopuszczalnym argumentem filozoficznym³⁷.

Trzy główne kierunki, jakie można zatem wskazać w badaniach filozofów eksperymentalnych, to: (1) badanie źródeł intuicji i ich ewentualnej prawomocności, (2) szukanie przyczyn różnorodności intuicji (np. u osób wywodzących się z różnych kultur) oraz (3) analiza umysłu i jego funkcjonowania. Wydaje się, że program ten może mieć znaczenie przy próbie nowego podejścia do badań prowadzonych w ramach klasycznej analitycznej filozofii prawa. Stosując się do niego, można np. skonfrontować różne teorie dotyczące pojęć prawnych, czy szukać wspólnych (broniących się przed konkretną teorią błędu³⁸) dla dużej ilości badanych intuicji. Badania w ramach filozofii prawa, z przyjętą metodologią *Xphi*, mogłyby dostarczyć nowych metod badawczych również dla takich zjawisk, jak chociażby pluralizm prawny.

4.1. Intuicje w filozofii eksperymentalnej – przeciw

Przejdziemy teraz do omówienia tego, jak odnoszą się do intuicji reprezentanci filozofii eksperymentalnej. Steven Stich oraz Kevin T. Tobia proponują podzielić *Xphi* na dwie grupy, w zależności od dominującego w ich ramach podejścia do rozwiązywania problemów filozoficznych, w tym tych dotyczących intuicji. Grupy te przyjmują dwa odmiennie programy badawcze – Program Pozytywny (A) oraz Program Negatywny (B).

A. Za pioniera Programu Pozytywnego (*PP*) uznaje się wspomnianego już Kno-be'a. Reprezentanci *PP* uważają, że analiza pojęciowa od zawsze stanowiła ważne narzędzie w filozofii, a odwoływanie się do intuicji było ważnym źródłem testowania konkretnych propozycji³⁹. Badanie intuicji i tego, pod wpływem jakich czynników powstają, ma pomóc uniknąć takich zjawisk jak: stronniczość, idiosynkrazja, czy

³⁶ *Ibidem*, s. 6.

³⁷ Argument ze statystycznego rozkładu mógłby polegać na wsparciu się wynikami statystycznymi dla poparcia swojej tezy.

³⁸ Teoria błędu w ramach *Xphi* tłumaczy, dlaczego pewne intuicje są błędne. Jeżeli pewna koncepcja okaże się nieintuicyjna dla badanych, a eksperymentator nie będzie w stanie wskazać tego, czy dane intuicje biorą się z błędnych przesłanek bądź uprzedzeń, to należy przyjąć, iż teoria nie jest wcale intuicyjna. Nie można wskazać tego, że któreś intuicje są poprawniejsze, dopóki nie wskaże się w ramach teorii błędu, dlaczego inne są mniej poprawne.

³⁹ S. Stich et. al., *Experimental Philosophy and Philosophical Tradition* [w:] *A Companion to...*, s. 9.

błędy performatywne (*performance errors*⁴⁰), na które narażeni są filozofowie testujący intuicje swoje i swoich współpracowników⁴¹.

B. Za przedstawicieli Programu Negatywnego (PN) uznać można grupę filozofów z Rutgers University pod przewodnictwem Sticha. Przedstawiciele PN zajmują się głównie badaniem przyjmowanych przez filozofów założeń. Największym ich osiągnięciem jest odnotowanie faktu, iż ludzie z odmiennych kultur mają zauważalnie różne intuicje dotyczące klasycznych problemów filozoficznych będących przedmiotem eksperymentów myślowych. Przykładowo, jeżeli jakaś grupa twierdzi, iż w eksperymencie Gettier'a Jones *nie wie*, natomiast inna grupa ma intuicję, że *wie*, to nie może być tak, iż obydwie grupy mają rację. Potrzebna jest satysfakcjonująca teoria błędu, która wytłumaczy, skąd biorą się odmienności i której grupie powinno się przyznać rację⁴². Odmienną od różnic kulturowych kwestią jest natomiast wpływ czynników takich jak: sposób formułowania pytań, porządek ich przedstawiania oraz fizyczne warunki, w których eksperymentator wymaga wyartykułowania konkretnych intuicji przez badanych⁴³.

Próbując nakreślić kontrowersje związane z używaniem intuicji w filozofii, podejmiemy teraz polemikę z niektórymi z podnoszonych argumentów.

Zdaniem Sticha, na powszechność pewnych intuicji nie należy powoływać się choćby z tego powodu, że ludzie w wielu kwestiach posiadają różne, często bardzo odmienne intuicje. W ramach krytyki tzw. epistemologii analitycznej, Stich wysunął kilka ważnych argumentów oraz hipotez, które były dalej rozwijane w ramach *NP Xphi*. W artykule *Reflective Equilibrium. Analytic Epistemology and the Problem of Cognitive Diversity*⁴⁴ wychodzi on od założenia istnienia u ludzi (oraz innych naczelnych) pewnego osobnego modułu mentalnego, służącego do przechowywania informacji o świecie, które w tzw. psychologii potocznej (*folk psychology*) nazywamy przekonaniami⁴⁵. Następnie przechodzi do opisanie dwóch ważnych dla dalszej analizy pojęć: stanu poznawczego (*cognitive state*) oraz procesu poznawczego (*cognitive processe*). Stan poznawczy „to nie tylko to, co powszechnie nazywa się przekonaniami, ale też podobne do przekonań, przechowujące informacje stany mentalne, należące również do zwierząt, małych dzieci i tych dorosłych ludzi, jeżeli tacy są, których życie poznawcze różni się znacząco od naszego”⁴⁶. Proces poznawczy to natomiast nic innego, jak wszelkie czynności mózgu

⁴⁰ W ujęciu Chomsky'ego, w ramach rozważań nad gramatyką, jest to, w skrócie, błąd polegający na nieadekwatności pomiędzy konkretną intuicją językową a stanowiącą dla niej podstawę wyuczoną gramatyką. Dana reguła językowa jest po prostu źle zastosowana. Przykładem może być odmiana słów „swim” w czasie przeszłym j. angielskiego jako „swimmed” w konkretnym zdaniu. Dany użytkownik języka jest natomiast świadom tego, że to słowo nie odmienia się regularnie i powinno być odmienione na „swam”. Jedynie źle zastosował regułę.

⁴¹ S. Stich et. al., *Experimental Philosophy and Philosophical Tradition* [w:] *A Companion to...*, s. 10.

⁴² *Ibidem*, s. 12–13 (oraz wspomniany tam: E. Sosa, *Experimental Philosophy and Philosophical Intuition*, *Philosophical Studies* 132, s. 99–107).

⁴³ *Ibidem*, s. 13.

⁴⁴ S. Stich, *Reflective Equilibrium. Analytic Epistemology and the Problem of Cognitive Diversity*, *Synthese* (Mar., 1988), Vol. 74, No. 3, *Internalism*.

⁴⁵ *Ibidem*, s. 391.

⁴⁶ *Ibidem*.

mające związek z poznaniem, również te związane z usuwaniem bądź uaktualnianiem dotychczas posiadanych przekonań (stanów poznawczych).

Następnie Stich przechodzi do ważnego rozróżnienia na *wrodzoną zdolność do X* oraz *wrodzone X*. Posłużmy się przykładem języka polskiego. To, że mówimy w języku polskim, jest czymś, co da się wytłumaczyć ze względu na pewne procesy zachodzące w mózgu – ze względu na jego taką, a nie inną budowę. Mimo to język, którym mówimy, nie jest czymś wrodzonym, a raczej czymś, co nabywamy. Gdybyśmy tylko urodzili się w innych warunkach, nie mówilibyśmy w tym języku, a być może po litewsku, węgiersku lub koreańsku. Nasuwa się tu pewna analogia: ludzki proces poznawczy może być analizowany na wzór nauki języków. Również i on może być czymś uzależnionym od warunków zewnętrznych⁴⁷, a nie czymś wrodzonym. Proces taki, dzięki któremu uznajemy pewne tezy, może być diametralnie różny w odmiennych kulturach. Tutaj pojawiają się więc dwa kluczowe pytania: *z których sposobów rozumowania powinniśmy korzystać?* oraz *które procesy poznawcze są tymi dobrymi*⁴⁸? W dalszej części artykułu Stich stara się udowodnić, że oba te pytania, a także oparta na nich filozofia, powinny być odrzucone. Wydaje się jednak, że postawienie tych pytań jak najbardziej pozostaje w zgodzie z zarysowanym przez nas programem *Xphi*, a ich krytyka nie powinna wychodzić od jednego z jej pionierów. Tym, na co przede wszystkim chciał wskazać Stich, jest sam sposób formułowania pytań oraz zawarty w nim przesąd. Przesąd ten ma polegać nad tym, iż o prawomocności któregoś z systemów dedukcji można orzekać kierując się metodami proponowanymi przez same te systemy. W ramach *Xphi* proponuje się natomiast odrzucenie lub przynajmniej wzruszenie tych systemów przekonań, które wydają się niespójne, bądź wychodzą z błędnie przyjętych przekonań. Stich formułuje pojęcie *epistemologicznej ksenofobii*, czyli zjawiska polegającego na odrzuceniu innych systemów poznania i udowadniania, „bo nie są naszymi” oraz przyjęciu za poprawne naszych, „bo są naszymi”. Jak mamy więc ufać naszym intuicjom, nie narażając się jednocześnie na zarzut ksenofobii?

W późniejszej pracy, napisanej wraz z Jonathanem Weinbergiem oraz S. Nicholsem (omawianym wcześniej współautorem *Manifestu*), Stich poparł swoje wcześniejsze rozważania poprzez przeprowadzenie badań charakterystycznych dla nurtu *Xphi*. Badacze ci postawili następujące hipotezy⁴⁹: Intuicje poznawcze (*epistemic intuitions*) różnią się w zależności od (I) kultury, (II) grupy socjo-ekonomicznej, (III) ilości przebytych kursów filozoficznych oraz (IV) zależą po części od kolejności, w jakiej omawiane przypadki są prezentowane.

Spośród wielu badanych przypadków, w kontekście naszych rozważań posłużymy się jednym: zmodyfikowanym przykładem Gettier'a. Treść przeprowadzonej ankiety brzmiała następująco:

Bob ma przyjaciela Jill'a, który jeździł Buickiem od wielu lat. W związku z tym Bob myśli, że Jill jeździ amerykańskim samochodem. Nie jest jednak świadom, że jego

⁴⁷ *Ibidem*, s. 392.

⁴⁸ *Ibidem*, s. 393.

⁴⁹ J.M. Weinberg, S. Nicols, S. Stich, *Normativity and Epistemic Intuitions* [w:] *Experimental...*, s. 24-25.

Buick został niedawno skradziony. Nie jest również świadom tego, że Jill zastąpił go Pontiaciem, który jest również samochodem amerykańskim. Czy Bob naprawdę wie, że Jill jeździ amerykańskim samochodem, czy tylko ma takie przekonanie?

NAPRAWDĘ WIE

JEDYNIE MA TAKIE PRZEKONANIE⁵⁰

Nie będzie zapewne zaskoczeniem, jeżeli wskażemy, że 80% „zachodnich” badanych zaznaczyło odpowiedź, iż jedynie ma takie przekonanie. Zaskakujące jest jednak to, że 60% badanych ze Wschodniej Azji wskazało dokładnie odwrotnie. Konkluzja jest więc następująca: nie jest tak, iż każdemu musi wydać się intuicyjne to, że w zaprezentowanym przez Gettier’a kontrprzykładzie dla *JTB* Jones/Bob czegoś nie wie. Co więcej, podobne wyniki otrzymano analizując odpowiedzi nie tylko mieszkańców wschodniej Azji, ale również niektórych Indian. Zauważalne różnice wynikały też przy badaniu intuicji osób o wysokim i niskim statusie socjoekonomicznym (*SES*), pytanych o podobne przypadki, mających podać jednoznaczną odpowiedź: naprawdę wie, czy jedynie ma takie przekonanie. Osoby o niskim *SES* częściej przypisywały danej osobie wiedzę.

O ile powyższe wyniki mówią same za siebie, to ich filozoficzna interpretacja nie jest już prostą sprawą i autorzy nie decydują się na stawianie silnych tez. Wspomnianych wcześniej „kanapowych” filozofów nazywają oni osobami filozofującymi w oparciu o *Intuition-Driven Romantic Strategy* (*IDR*). To do obrońców *IDR* należy, ich zdaniem, wykazanie, że wysuwane przez nich roszczenie do uniwersalności pewnych intuicji jest nadal zasadne⁵¹. W kontekście różnic pomiędzy osobami o różnym statusie socjo-ekonomicznym, autorzy wskazali zarysy hipotez, które mogą tłumaczyć te różnice. Może chodzić np. o fakt, iż ludzie o niskim *SES* mają mniejsze wymagania dotyczące nazywania czegoś wiedzą⁵².

4.2. Intuicje w filozofii eksperymentalnej – za

Skupimy się teraz na obronie wykorzystania intuicji w filozofii, którą przedstawił Ernest Sosa w artykule *A Defense of the Use of Intuitions in Philosophy*⁵³, którą sprowadzić można do czterech zasadniczych argumentów.

1. Argument z bezpośrednich intuicji. Argument ten odnosi się do artykułu Sticha *Reflective Equilibrium...* Sosa wskazuje, iż intuicja częstokroć stanowi ostateczną instancję pozwalającą nam coś stwierdzić. Przykładowo, jeżeli stwierdzam, iż słowo „kwadrat” nie jest odpowiednie względem obiektu, który wcześniej nazwałem „trójkątem”, to na jakiej podstawie tego dokonuję? Muszę choćby w minimalnym stopniu zdawać sobie sprawę, że użyte przeze mnie słowo „kwadrat” jest innym słowem

⁵⁰ *Ibidem*, s. 29.

⁵¹ *Ibidem*, s. 32.

⁵² *Ibidem*, s. 34.

⁵³ W związku z takimi wynikami badań wielu filozofów poczuło się wywołanymi do tablicy. W artykule przedstawiającym wyniki wcześniej omawianych przez nas badań jest kilkunastu podrozdział poświęcony zarzutom i replikom autorów tych badań. Zob. *Normativity and Epistemic Intuitions* [w:] *Experimental...*, s. 34-40.

od słowa „trójkąt”. Sosa stwierdza, iż zdajemy sobie z tego sprawę na podstawie intuicji. Popadamy natomiast w *regressum ad infinitum*, starając się dalej udowadniać, iż użyte dla opisu słowa „kwadrat” słowo, nazwijmy je „kwadrat”, nazywa właśnie „kwadrat”, a nie „trójkąt”⁵⁴.

2. Argument z odmiennych presupozycji. Sosa wskazuje, iż przedstawiana w eksperymencie myślowym fikcyjna sytuacja jest zawsze treściowo niedopełniona. Kontekst sytuacji, socjalny oraz fizyczny, jest przez odbiorcę historii presuponowany. Odmienne presupozycje mogą mieć mieszkańcy Zachodu oraz Wschodniej Azji. „Wiedza” typu *jak często się zdarza, żeby Amerykanin miał amerykańskie auto*, może wpłynąć na rozkład odpowiedzi – nie badamy wtedy jednak intuicji. Sosa argumentuje więc, iż takie badania wcale nie udowodniły, że to intuicje różnią się w zależności od zaplecza kulturowego, ale inna, nieistotna filozoficznie zmienna⁵⁵.
3. Argument z *tertium non datur*. Również ten argument dotyczy formalnej budowy samego eksperymentu. Sosa podważa zasadność wprowadzenia jedynie dwóch dychotomicznych odpowiedzi, podczas gdy logicznie nie da się wykluczyć innych. Podaje nawet przykład jednej: *opis nie jest wystarczająco dokładny do tego, aby być w stanie rozstrzygnąć, czy osoba wie, czy jedynie ma przekonanie*⁵⁶.

Widać dobrze, iż Sosa wskazał i uderzył w słabe punkty metodologii badań *Xphi*. Kolejny argument przeciwko odrzucaniu intuicji w dociekaniach filozoficznych, którego jedynie zarys można znaleźć u Sosy, to:

4. Argument ze stabilnych intuicji. Badania w ramach *Xphi* pokazują, że niektóre intuicje narażone są na wpływ kulturowych czynników, uprzedzeń. Należy jednak wziąć pod uwagę fakt, że niektóre intuicje są na takie wpływy odporne⁵⁷.

Argument ten jest w naszej opinii najsilniejszy i ma największy wpływ na omawiane w ramach niniejszej pracy zagadnienia, dlatego poświęcimy mu nieco więcej miejsca. Jennifer C. Wright, powołując się na swoje badania wskazuje, iż ludzie często są świadomi tego, że ich konkretne intuicje są stabilne. Wright dokonuje w związku z tym następujących spostrzeżeń: *Stabilnym intuicyjnym sądem* jest taki sąd, który opiera się na *silnych/oczywistych intuicjach*. Jeżeli ma się silną intuicję, np. że „x jest P”, oraz nie ma żadnych przeciwwskazań do odrzucenia tej intuicji i czuje się „pewnym” treści tej intuicji, buduje się w oparciu o nią ów stabilny sąd intuicyjny. Ważny jest również *dostęp introspektywny*, który dla danej osoby jest wskaźnikiem niezawodności (stabilności) danej intuicji. Owa introspekcja jest ważniejszym wskaźnikiem stabilności nawet od zgody ekspertów co do zasadności danej intuicji⁵⁸. Do powstania stabilnych intuicji potrzebne jest więc odpowiednie „środowisko”, które dostarcza introspekcyjnego

⁵⁴ E. Sosa, *A Defense of the Use of Intuitions in Philosophy* [w:] *Stich and His Critics*, red. D. Murphy, M. Bishop, New York 2009, s. 105.

⁵⁵ *Ibidem*, s. 105–106. Argument ten jest podawany również przez innych filozofów: „In short, this line of defense calls for a distinction between people’s *intuitions* and their *judgments*”, J. C. Wright, *Intuitional Stability* [w:] *A Companion...*, s. 570.

⁵⁶ *Ibidem*, s. 106.

⁵⁷ J.C. Wright, *Intuitional Stability* [w:] *A Companion...*, s. 570 i przytoczona tam literatura.

⁵⁸ *Ibidem*, s. 571.

impulsu mówiącego, iż dana intuicja jest stabilna. Dalsze studia wskazują zaś na takie warunki, które pozwalają nam jednoznacznie wątpić w epistemiczny status intuicji, co może znacząco przyczynić się, do unikania prowadzenia badań w owych warunkach.

Środowiskami sprzyjającymi powstawaniu *niestabilnych intuicji* są: szybko podawane hipotezy, intuicje powstałe pod wpływem wzburzenia emocjonalnego, wpływem otoczenia, czy nawet oparte o świadectwa ekspertów. Wright postuluje więc, aby stymulować warunki badania naszych intuicji tak, aby maksymalizować nasze wyczucie obecności silnych intuicji i minimalizować wpływ takich czynników, które mogłyby te odczucia „wykoleić”. Pozwoli to na lepsze zbadanie tego, kiedy jakie intuicje powstają oraz wydobyć te, które uznamy za stabilne⁵⁹. Podsumowując swoje rozważania, Wright stwierdza, iż „być może ostatecznie nie wszystkie prace badające niestabilność intuicji są jednocześnie krytykującymi same intuicje (...) są one natomiast ważną (...) opowieścią ku przestrodze na temat wielu przeciwności, które pojawiają się, kiedy chcemy stworzyć dobry sąd”⁶⁰.

5. Podsumowanie

W ramach niniejszej pracy staraliśmy się pokazać, że intuicje mogą stanowić dobre kryterium budowania i testowania teorii, również w ramach filozofii prawa. Nowy kierunek badań w filozofii, filozofia eksperymentalna, wskazuje jednak na pewne ograniczenia w doborze argumentów opartych o intuicje. Z pewnością nie wszystkie intuicje zasługują na uwagę ze strony badaczy. Z dużą dozą prawdopodobieństwa można stwierdzić, iż dany system intuicji dotyczących prawa, jego funkcjonowania, pewnych pojęć związanych ze sprawiedliwością, wymiarem kary, jest przypadkowy, a nie wrodzony. Nie jest tak, iż owe intuicje dotyczące funkcjonowania prawa są nam dane od urodzenia, posiadamy jednak pewne wrodzone predyspozycje do tego, aby formułować pojęcia takie jak prawo, sprawiedliwość, czy kara. W kontekście sposobu budowania teorii prawa zaproponowanego przez Shapiro należy stwierdzić, iż opracowana przez Wright metodologia, oparta na stabilnych intuicjach, może być pomocna przy wychwytywaniu truizmów, które byłyby fundamentem adekwatnej teorii prawa. Istnieją również szczegółowe badania w ramach nurtu *Xphi*, interesujące dla filozofów prawa, jak chociażby te dotyczące intuicji przeciętnych ludzi co do relacji pomiędzy prawem własności a prawem do ciała⁶¹, czy szereg eksperymentów związanych z odpowiedzialnością moralną za dany czyn⁶².

Niniejsza praca miała na celu jedynie przedstawienie głównych osiągnięć na gruncie metodologii i pokazanie podstawowych paradygmatów *Xphi*, a także refleksję nad tym, jak te osiągnięcia i paradygmaty można wykorzystać do obrony (lub podważenia) metod stosowanych przez zwolenników analizy pojęciowej w filozofii prawa. Nie

⁵⁹ *Ibidem*, s. 572.

⁶⁰ *Ibidem*, s. 573.

⁶¹ E. Shaylene Nancekivell et. al., *Ownership Right* [w:] *A Companion...*, s. 247–256.

⁶² S. Nichols, J. Knobe, *Moral Responsibility and Determinism: The Cognitive Science of Folk Intuitions*, *Noûs* 4, 2007, s. 663–685.

przesadzamy tutaj, czy możliwa jest eksperymentalna filozofia prawa, odrębna wobec *Xphi* i ogólnego prawoznawstwa. Wskazujemy tylko, że intuicje, szczególnie te dotyczące prawa, mogą być zawodne. Odwołanie się do intuicji nie jest więc wystarczającym argumentem *per se* do budowania teorii, nie może też służyć jako element rozbudowanego uzasadnienia np. wyroku.

* * *

Perspectives of Experimental Philosophy of Law

Intuitions may play an important role in the philosophical reflection on law. Their function was especially appreciated in analytical philosophy, especially in thought experiments performed by its supporters – like E. Gettier's thought experiment considering the concept of knowledge. S. Shapiro's truism-based methodology in the theory of law, which itself is a part of a greater methodological project, namely – conceptual analysis in law, also appeals to intuition. However, conceptual analysis as such was the subject of wide-scaled criticism, presented by legal interpretativists and legal naturalists. The main aim of the article is to discuss the possibility of the Experimental Philosophy of Law. Emphasis is put on experimental philosophy and its achievements, and a variety of arguments – the pros and cons – of using intuitions in the philosophical investigations is considered. These arguments are then applied to the methodological discussion on the philosophy of law.

Key words: intuitions, conceptual analysis, experimental philosophy, philosophy of law

Tomasz Famulski¹

Uzasadnianie wybranych regulacji prawnych na gruncie behawioralnej ekonomicznej analizy prawa

Streszczenie:

Artykuł dotyczy uzasadniania wybranych regulacji prawnych w ujęciu behawioralnej ekonomicznej analizy prawa. W pierwszej kolejności przedstawione zostały pojęcie i istota konwencjonalnej ekonomicznej analizy prawa, ze szczególnym uwzględnieniem teorii racjonalnego wyboru. Następnie podjęto problem behawioralnego rozwinięcia klasycznej *Law & Economics*, rozumianego nie jako jej negacja, lecz jako wzbogacenie i uzupełnienie. Przedmiotem szczegółowych analiz uczyniono regulacje prawne w zakresie zakazów transakcji o zawyżonych cenach, zakazów zupełnych oraz zakazów sądowych. Podjęto również zagadnienie przepisów prawnych dotyczących gwarantowania depozytów bankowych. Zaprezentowane przykłady pochodzą zarówno z prawa amerykańskiego, jak i prawa polskiego. W wyniku przeprowadzonych rozważań i analiz zidentyfikowano prawidłowość, że niektóre regulacje prawne znajdują bardziej trafne wyjaśnienie na gruncie behawioralnej ekonomicznej analizy prawa w miejscach, w których zawodzi analiza konwencjonalna.

Słowa kluczowe: ekonomiczna analiza prawa, behawioralna ekonomiczna analiza prawa, teoria racjonalnego wyboru, psychologia kognitywna, heurystyki

1. Wstęp

Ekonomiczna analiza prawa, pomimo znalezienia poczesnego miejsca w światowej nauce prawa, a nawet bardzo znaczącej pozycji w prawoznawstwie amerykańskim,

¹ Autor jest absolwentem prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie.

na gruncie polskiej literatury naukowej wciąż pozostaje zagadnieniem niedostatecznie rozpoznany. Tym bardziej mało znanym problemem jest tak zwana behawioralna *Law & Economics*, która polega na wykorzystaniu dorobku psychologii kognitywnej (poznawczej) w ekonomicznej analizie prawa. Niniejszy artykuł ma na celu przedstawienie behawioralnego rozwinięcia założeń konwencjonalnej *L&E*, przy zwróceniu uwagi na fakt, iż nurt behawioralny nie dąży do prostej negacji założeń klasycznych, a raczej ich twórczego wzbogacenia. W artykule nie poprzestano na prezentacji wspomnianych nurtów myśli, ale zaproponowano również analizę uzasadnień wybranych regulacji, w tym również z zakresu prawa krajowego, w oparciu metody badawcze charakterystyczne dla rozpatrywanych ujęć analizy ekonomicznej. Przedstawione przykłady dotyczą regulacji z różnych gałęzi prawa, co jest zgodne z założeniami *L&E*, która stawia sobie za cel analizę również tych dziedzin prawoznawstwa, które nie są bezpośrednio związane z ekonomią.

2. Pojęcie i istota ekonomicznej analizy prawa

Ekonomiczna analiza prawa może być zdefiniowana ogólnie jako zastosowanie metod nauk ekonomicznych do badania norm i instytucji prawnych – ich powstawania, struktury, związanych z nimi procesów oraz ich wpływu na rzeczywistość². Związki prawa i gospodarki są oczywiste – rozwój prawa prywatnego, gospodarczego i handlowego odpowiada rozwojowi stosunków gospodarczych. Z kolei sytuacja ekonomiczna państwa warunkowana jest w dużej mierze przez kształt prawa finansowego czy prawa pracy³. Nawet sam ustrój ekonomiczny państwa może być usankcjonowany prawnie. Z funkcjonowaniem systemu prawa związane jest istnienie różnorodnych instytucji publicznych. Ich działalność również nie jest obojętna z perspektywy ekonomicznej, w dużej mierze z powodu związanych z nią kosztów. *Novum* wyróżniającym ekonomiczną analizę prawa jest jednak fakt, że metody nauk ekonomicznych stosowane są w tym nurcie badań konsekwentnie do wszystkich gałęzi prawa. W ujęciu ekonomicznym analizowane są więc dziedziny *prima facie* niezwiązane bezpośrednio z gospodarką, jak na przykład prawo karne. Przedstawiciele *Law & Economics* za przedmiot swych badań obierają prawo jako czynnik mający wpływ na rzeczywistość ekonomiczną. Istniejące regulacje prawne z tego punktu widzenia nie są postrzegane jako coś ustalonego poza systemem ekonomicznym, ale jako wybory rodzące konsekwencje dla gospodarki⁴.

Ekonomiczna analiza prawa ma charakter zarówno deskryptywny, jak i normatywny. Przedstawiciele tego nurtu nie tylko badają i opisują obowiązujące prawo w kategoriach ekonomicznych, ale również przedstawiają propozycje dotyczące

² L. Kornhauser, *The Economic Analysis of Law* [w:] *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, red. E.N. Zalta, 2015.

³ Szerzej por.: S. Deakin, *The Contribution of Labour Law to Economic Development and Growth*, Working Paper No. 478, Centre for Business Research, University of Cambridge, 2016; L. Muller, P.D. Berger, *The Impact of a Country's Employment Protection Legislation on Its Economic Prosperity*, *International Journal of Humanities and Social Studies* 2013, Vol. 3, No. 12, p. 1-13.

⁴ E. Mackaay, *History of Law and Economics* [w:] *Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics*, red. B. Bouckaert, G. De Geest, Cheltenham 2000, p. 65.

efektywnych ekonomicznie rozwiązań *de lege ferenda*. To dwojake podejście znajduje odbicie w postawionej przez Richarda A. Posnera tezie o efektywności (*efficiency thesis*), która głosi, że prawo, w szczególności amerykańskie *common law*, jest oraz powinno być efektywne ekonomicznie⁵.

U podstaw ekonomicznej analizy prawa leży kilka centralnych koncepcji, których zastosowanie do poszczególnych dziedzin prawa stanowi esencję *Law & Economics*. Są to przede wszystkim: teoria racjonalnego wyboru i związana z nią teza o maksymalizacji użyteczności, twierdzenie Coase'a i związane z nim zagadnienie kosztów transakcyjnych⁶, efektywność prawa oraz teoria targu⁷. Z perspektywy niniejszego artykułu istotna jest przede wszystkim jednak teoria racjonalnego wyboru, z tej też przyczyny zostanie ona przybliżona.

Zdaniem niektórych autorów ekonomiczną analizę prawa można zdefiniować jako zastosowanie teorii racjonalnego wyboru do prawa⁸. Dla uzasadnienia tej tezy przeprowadzają następujące rozumowanie: ekonomię jako naukę definiuje nie przedmiot jej badań, ale stosowana przez nią metoda, którą jest stosowanie założeń teorii racjonalnego wyboru⁹. Gdy metodę tę zastosuje się do badania prawa, można stwierdzić, że prawo jest *analizowane ekonomicznie*. Teoria racjonalnego wyboru jest więc podstawą metodologiczną ekonomicznej analizy prawa. Chodzi tu o ekonomiczną analizę prawa, którą można określić jako klasyczną lub konwencjonalną¹⁰ – taką, jakiej dał wyraz Richard A. Posner w *Economic Analysis of Law*¹¹.

Teorię racjonalnego wyboru można podsumować angielskim zwrotem *people maximize, markets clear*¹². W przybliżeniu, sens powyższego podsumowania oddaje sformułowanie: „ludzie maksymalizują (swoją funkcję użyteczności), rynki dążą do stanu równowagi (pomiędzy popytem i podażą)”.

Teoria racjonalnego wyboru głosi, że ludzie podejmują decyzje w sposób racjonalny, a więc spełniając trzy następujące warunki: (1) wybierana jest opcja, co do której człowiek oczekuje, że najlepiej spełni jego preferencje, (2) oczekiwania bazują na dostępnych człowiekowi informacjach, (3) zebrana jest optymalna ilość informacji¹³. Innymi słowy, ludzie maksymalizują oczekiwaną użyteczność.

⁵ *Ibidem*, p. 76–77. Posner w kolejnych wydaniach *Economic Analysis of Law* przedstawiał różne, z czasem nieco osłabione wersje tezy, zawsze pozostając jednak jej nieugiętym obrońcą.

⁶ Szerzej por. R.H. Coase, *The Problem of Social Cost*, *The Journal of Law & Economics* 1960, Vol. 3, p. 1–44.

⁷ Szerzej por. J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa*, Warszawa 2007, s. 30–34.

⁸ H. Kerkmeester, *Methodology: General* [w:] *Encyclopedia of Law and Economics...*, p. 384.

⁹ G.S. Becker, *The Economic Approach to Human Behavior*, Chicago 1976, p. 5.

¹⁰ Takiego określenia używają C. Jolls, C.R. Sunstein, R. Thaler, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, *Stanford Law Review* 1998, nr 50, p. 1471–1550.

¹¹ Pozycja ta doczekała się wielokrotnych, zmienianych i uzupełnianych przez autora wznowień, np. R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, New York 2014.

¹² H. Kerkmeester, *op.cit.*, p. 384.

¹³ G.S. Becker, *op.cit.*, p. 14.

Preferencje cechuje przechodniość, to znaczy mogą one być uporządkowane w następujący sposób: jeżeli preferowane jest A wobec B oraz B wobec C, to preferowane jest też A wobec C. Dodatkowo zakłada się, że preferencje są stabilne – nie ulegają zmianie w badanym okresie.

Kolejnym istotnym założeniem teorii racjonalnego wyboru jest zasada metodologicznego indywidualizmu, która za podstawową jednostkę analizy przyjmuje pojedyncze zachowanie. Zjawiska zbiorowe i relacje społeczne są więc wyjaśniane w taki sposób, jak gdyby były zachowaniami indywidualnych jednostek.

Teoria racjonalnego wyboru zakłada również istnienie rynków, które dążą do stanu równowagi, to znaczy stanu, w którym popyt odpowiada podaży. Na zrównoważonym rynku określona cena pozwala na optymalną alokację dóbr i usług – tak, aby znalazły się u osób, których użyteczność najbardziej będą maksymalizować.

3. Rozwinięcie behawioralne ekonomicznej analizy prawa

Behawioralna ekonomiczna analiza prawa nie polega na prostej negacji założeń teorii racjonalnego wyboru, ale na ich rozwinięciu poprzez inkorporację modeli stworzonych w oparciu o wyniki doświadczeń. Ekonomia behawioralna bada empirycznie zachowania niezgodne z teorią racjonalnego wyboru i formułuje na tej podstawie modele systematycznych odstępstw. Nie chodzi zatem o przypadkowe zachowania niezgodne z teorią racjonalnego wyboru, ale o powtarzające się, a co za tym idzie, dające się usystematyzować, odstępstwa¹⁴. Ta systematyzacja pozwala na osiągnięcie przez *Behavioral Law & Economics* przewagi nad konwencjonalną ekonomiczną analizą prawa, zarówno w zakresie mocy wyjaśniającej jej twierdzeń, jak również w zakresie trafności formułowanych przezeń przewidywań.

Przedstawienie behawioralnego rozwinięcia konwencjonalnej ekonomicznej analizy prawa wymaga więc nawiązania do jej założeń pierwotnych i wskazania, gdzie z dorobku psychologii kognitywnej wynikają poprawki czy też uzupełnienia, które zwiększają moc wyjaśniającą oraz zmierzają do formułowania dokładniejszych przewidywań zachowań.

Rozbieżności z modelem teorii racjonalnego wyboru i będącym jego konsekwencją obrazem człowieka jako tzw. *homo oeconomicus* mają źródło w obserwacjach ograniczeń ludzkiego zachowania, które można podzielić na trzy grupy: ograniczoną racjonalność, ograniczoną siłę woli oraz ograniczony interes własny¹⁵. Zaobserwowanie tych ograniczeń w praktyce prowadzi do zakwestionowania założeń o maksymalizacji użyteczności, stabilności preferencji, racjonalnych przewidywaniach i optymalnego wykorzystania informacji. Każde z tych ograniczeń obrazuje sposób, w jaki ludzkie zachowanie znacząco odbiega od przewidywań standardowego modelu ekonomicznego.

Pierwsze z wymienionych ograniczeń, czyli ograniczona racjonalność (*bounded rationality*), wynika z trywialnego stwierdzenia, że ludzkie możliwości kognitywne nie są nieskończone. Ograniczone są ludzkie zdolności obliczeniowe, ograniczone

¹⁴ C. Jolls, C.R. Sunstein, R. Thaler, *op.cit.*, p. 1476-1477.

¹⁵ *Ibidem*, p. 1476.

są również możliwości ludzkiej pamięci (nie tylko co do zapamiętywania samego w sobie, ale również co do jakości tego zapamiętywania). *Prima facie* można stwierdzić, że ludzie są świadomi tych ograniczeń i potrafią im przeciwdziałać – zawodnej pamięci przeciwdziała się robiąc notatki, przy problemach decyzyjnych można oprzeć się na podobnych wcześniejszych doświadczeniach. Pomimo jednak tych sposobów radzenia sobie z zawodnością ludzkiego umysłu (a czasem i z powodu tych sposobów), może dochodzić do błędów. Niektóre z tych błędów są przewidywalne, ponieważ są systematycznie popełniane przez duże grupy osób¹⁶.

Błędy wynikające z ograniczonej racjonalności można podzielić na dwie grupy: błędy dotyczące osądu oraz błędy w podejmowaniu decyzji. Najczęstszą przyczyną rozbieżności pomiędzy dokonywanymi przez ludzi osądami a sytuacją rzeczywistą jest wykorzystanie heurystyk¹⁷. Daniel Kahneman definiuje heurystykę jako „prostą procedurę, która pomaga udzielać adekwatnych, choć niedoskonałych odpowiedzi na trudne pytania”¹⁸. Procedura ta polega na podstawieniu prostszego pytania („pytania heurystycznego”) w miejsce pytania właściwego i udzielenia odpowiedzi w istocie na to pierwsze (heurystyczne). Następnie w oparciu o tę odpowiedź dokonuje się odpowiedzi na pytanie właściwe. Przykładowo, gdy pytanie właściwe brzmi: „w jakim stopniu jesteś zadowolona ze swojego życia w ostatnim czasie?”, pytaniem heurystycznym jest „w jakim jestem teraz nastroju?”. W tym przypadku uproszczenie procedury polega na znacznym skróceniu okresu, którego dotyczy pytanie. Łatwiej bowiem opisać swój aktualny nastrój niż dokonać analizy swojego samopoczucia przez ostatnich kilku tygodni, czy miesięcy. Należy podkreślić, że użycie heurystyki nie jest procesem świadomym, lecz automatycznym. Jakkolwiek przydatne, użycie heurystyki może prowadzić do błędnych wniosków. Jako że heurystyki są używane systematycznie, systematycznie też popełniane są błędy spowodowane ich użyciem, a co za tym idzie, błędy te są przewidywalne. Użycie heurystyki jest racjonalne, bowiem pozwala oszczędzić czas i skraca pracę umysłu, ale rezultaty tego użycia mogą już stać w sprzeczności z przewidywaniami teorii racjonalnego wyboru¹⁹.

Podobnie jak heurystyki podważają założenia o racjonalności, tak założenie o maksymalizacji przewidywanej użyteczności jest niezgodne z wynikami obserwacji ludzkiego zachowania. Otóż z badań Kahnemana i Tversky’ego wynika, że ludzie nie oceniają rezultatów swoich działań samych w sobie, lecz jako zmianę od początkowego punktu odniesienia. Ponadto, straty względem stanu początkowego są odczuwane silniej niż zyski. Co więcej, im większa jest zmiana od punktu początkowego, tym słabiej jest odczuwana (przykładowo strata 20\$ jest postrzegana bardziej negatywnie niż strata 10\$, ale już pomiędzy postrzeganiem straty w wysokości 1000\$ a 1010\$ nie ma dużej

¹⁶ *Ibidem*, p. 1477.

¹⁷ Szczegółową analizę relacji heurystyk i prawa przedstawia praca zbiorowa *Heuristics and the Law*, red. G. Gigerenzer, C. Engel, Massachusetts – London 2006.

¹⁸ D. Kahneman, *Pułapki myślenia. O myśleniu szybkim i wolnym*, Poznań 2012, s. 133.

¹⁹ Szczegółową analizę wpływu heurystyk i *biases* na proces podejmowania decyzji w kontekście ekonomicznej analizy prawa przedstawiają R. Korobkin, T. Ulen, *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, California Law Review 2000, nr 4, p. 1084-1102.

różnicy). Tendencje te znajdują również wyraz w postawach wobec ryzyka: badania wskazują, że (co do zasady) ludzie unikają ryzyka, jeśli chodzi o zyski, a przyjmują odwrotną postawę wobec strat. Te dwie tezy (o przywiązywaniu uwagi do zmiany a nie ostatecznej użyteczności oraz o mocniejszym odczuwaniu strat) są podstawą tzw. teorii perspektywy (*prospect theory*) Kahnemana i Tversky'ego, która jest wynikającą z badań empirycznych, odmienną niż teoria oczekiwanej użyteczności, próbą wyjaśnienia ludzkiego zachowania²⁰. Poddaje ona w wątpliwość założenia co do użyteczności – w myśl teorii racjonalnego wyboru stosunek do zysków i strat powinien być identyczny, również ich „odległość” od stanu początkowego powinna być bez znaczenia, istotne powinno być ostateczne bogactwo (ostateczna użyteczność) płynąca z danej decyzji, a nie zmiana wobec stanu początkowego. Przewagą teorii perspektywy jest niewątpliwie jej ugruntowanie w licznych badaniach empirycznych.

Innym ograniczeniem ludzkiego zachowania jest ograniczona siła woli (*bounded willpower*). Ma ona związek z faktem, że ludzie często podejmują działania sprzeczne z ich długoterminowym interesem. Przejawia się to często w trudnościach z oszczędzaniem pieniędzy, jako że preferowana jest szybka satysfakcja względem odległych w czasie hipotetycznych potrzeb. Podobnie jak w przypadku ograniczeń kognitywnych, ludzie zdają sobie z tego faktu sprawę i próbują przeciwdziałać negatywnym skutkom ograniczonej siły woli, na przykład odkładając pieniądze w funduszach emerytalnych, czy, by posłużyć się bardziej prozaicznym przykładem, podejmując próby rzucenia palenia. Przeciwdziałać ograniczonej sile woli może też państwo, wprowadzając obowiązkowe składki na ubezpieczenia zdrowotne i emerytalne²¹.

Kierujący się teorią racjonalnego wyboru *homo oeconomicus* jest istotą z gruntu egoistyczną. Choć standardowy model ekonomiczny może brać pod uwagę zachowania altruistyczne jako maksymalizujące funkcję użyteczności, pojęcie ograniczonego interesu własnego (*bounded self-interest*) mierza nieco dalej. Otóż, jak wynika z badań empirycznych, w pewnych warunkach ludzie są skłonni przejmować się losem innych, nawet obcych, jednak jest to dużo szerszy zakres okoliczności niż podpowiadałaby intuicja. W grę wchodzi zatem nie tylko altruizm krewniaczy, czy działalność charytatywna, ale również praktycznie wszystkie sytuacje negocjacyjne²². Ludzie okazują się przywiązywać dużą uwagę do sposobu, w jaki są traktowani – mają tendencję do odpowiadania uczciwością na uczciwość oraz „karania” zachowań, które uważają za niesprawiedliwe. W rzeczywistości ludzie są czasami bardziej mili, a czasami bardziej złośliwi, niż wynikałoby to z założeń konwencjonalnej ekonomicznej analizy prawa dotyczących zachowań ludzkich²³.

²⁰ D. Kahneman, A. Tversky, *Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk*, *Econometrica* 1979, nr 2, p. 263–291.

²¹ C. Jolls, C.R. Sunstein, R. Thaler, *op.cit.*, p. 1479.

²² Szerzej o odchyleniach wobec założenia o interesie własnym por. R. Korobkin, T. Ulen, *op.cit.*, p. 1126–1143.

²³ C. Jolls, C.R. Sunstein, R. Thaler, *op.cit.*, p. 1479.

4. Wybrane przykłady behawioralnego ujęcia regulacji prawnych

Zdaniem przedstawicieli behawioralnej ekonomicznej analizy prawa, wyjaśnienie treści prawa powinno inkorporować zastrzeżenia związane z ograniczoną racjonalnością, ograniczonym interesem własnym i ograniczoną siłą woli. Ich zdaniem obowiązywanie wielu norm prawnych nie znajduje wystarczającego wytłumaczenia w założeniach konwencjonalnej ekonomicznej analizy prawa. Sugerują oni, że dobrym wytłumaczeniem dla określonej treści wielu norm prawnych jest ludzkie postrzeganie tych norm jako sprawiedliwych, a nie ekonomiczna efektywność, tym bardziej, że efektywność nie zawsze charakteryzuje prawo. Chociaż behawiorysty nie utrzymują, że ten przejaw ograniczonej racjonalności stanowi podstawę wytłumaczenia stanowienia wszystkich norm prawnych, to uważają jednak, że jest to użyteczny suplement do wyjaśnień już w nauce funkcjonujących²⁴.

W przeciwieństwie do konwencjonalnej ekonomicznej analizy prawa, gdzie przyjmuje się, że rolą prawodawcy jest stanowienie ekonomicznie efektywnego prawa, w podejściu behawioralnym wstępnie zakłada się, że legislatorzy²⁵ maksymalizują swoją funkcję użyteczności, która polega na byciu ponownie wybranym. Starają się oni więc odpowiedzieć na potrzeby swoich wyborców, jak również na potrzeby wystarczająco silnych grup interesów. Jeżeli wyborcy ci uważają, że jakaś praktyka jest nieuczciwa lub niebezpieczna i powinna być zakazana lub przynajmniej regulowana, to legislatorzy będą kierować się potrzebami wyborców, nawet jeśli sami nie podzielają ich poglądów. Podobnie rzecz ma się z grupami interesów.

Zmobilizowane grupy osób o określonych poglądach mogą wykorzystywać ograniczenia ludzkiej racjonalności do własnych celów. Koronnym przykładem takiej postawy są *availability entrepreneurs*, czyli „przedsiębiorcy dostępności”, którzy będą starali się, aby informacja o określonym wydarzeniu dotarła do jak najszerszej publiki, uaktywniając jednocześnie u niej heurystykę dostępności, a tym samym poparcie dla regulacji proponowanych przez daną grupę interesu, a związaną ze wspomnianym wydarzeniem²⁶.

4.1. Zakazy transakcji o zawyżonych cenach

Czasami zdarza się, iż prawo zabrania przeprowadzania transakcji, mimo że obie strony mogłyby być skłonne jej dokonać. Przykładami takich transakcji są lichwa, transakcje o zawyżonych cenach oraz sprzedaż biletów przez tzw. koników. Wysokość oprocentowania pożyczek często bywa regulowana. Taką regulację zawiera na przykład polski Kodeks cywilny, którego art. 359 § 2¹ stanowi, że maksymalna wysokość

²⁴ W konsekwencji zwolennicy behawioralnej ekonomicznej analizy prawa przedstawiają pewne propozycje co do tego, w jaki sposób prawo mogłoby neutralizować ludzkie odstępstwa od racjonalności, por. m.in. C.R. Sunstein, C. Jolls, *Debiasing through Law*, John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 225, 2004; R.H. Thaler, C.R. Sunstein, *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*, University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper No. 43, 2003; C.R. Sunstein, *Nudges. gov. Behaviorally Informed Regulation* [w:] E. Zamir, D. Teichamn, *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, Oxford University Press 2014, p. 719-747.

²⁵ Bieżąca analiza dotyczy raczej prawa stanowionego niż precedensowego.

²⁶ C. Jolls, C.R. Sunstein, R. Thaler, *op.cit.*, p. 1509-1510.

odsetek wynikających z czynności prawnej nie może w stosunku rocznym przekraczać dwukrotności wysokości odsetek ustawowych²⁷. Liczne stany w USA, szczególnie te nękane katastrofami naturalnymi, posiadają regulacje zakazujące sprzedaży towarów po wygórowanych cenach w czasie stanów nadzwyczajnych. Polski Kodeks karny przewiduje odpowiedzialność za wyzyskanie przymusowej sytuacji osoby fizycznej, prawnej albo jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej poprzez zawarcie z nią umowy, z której wynika obowiązek świadczenia niewspółmiernego ze świadczeniem wzajemnym (art. 304)²⁸. Odsprzedaży biletów po cenie wyższej niż pierwotna często zabraniają regulaminy imprez masowych. Taki zakaz przewiduje też ustawodawstwo około połowy stanów USA²⁹.

Wszystkie wymienione zakazy łączą fakt, że prowadzą one do sytuacji nieefektywnych ekonomicznie. Z punktu widzenia konwencjonalnej ekonomicznej analizy prawa są więc one anomaliami, ponieważ prawo zmierza oraz powinno zmierzać do maksymalizacji efektywności ekonomicznej. Pewien wyjątek stanowi zakaz sprzedaży biletów przez „koników”. W tym przypadku grupa organizatorów imprez masowych może lobbować za taką regulacją prawną (co model standardowy przewiduje), ponieważ ustalenie ceny biletów na odpowiednim poziomie jest niezbędne, by powstał na nie popyt. W następstwie istnienia popytu w publicznej świadomości pojawia się przekonanie o tym, że dany „produkt” (spektakl, mecz, koncert) jest czymś wartym pożądanego. Jednak wyjaśnienie to zawodzi, gdy mamy do czynienia z imprezami masowymi o takiej randze, że redukcja popytu nie jest w ich przypadku istotna. Chodzi tu przede wszystkim o cykliczne imprezy sportowe, takie jak na przykład piłkarska Liga Mistrzów, czy turnieje tenisowe należące do Wielkiego Szlema. W Stanach Zjednoczonych koronnym przykładem jest finał rozgrywek ligi futbolu amerykańskiego – Super Bowl. Tak więc nawet jeśli możliwym jest wytłumaczenie omawianego zjawiska w kategoriach efektywności ekonomicznej, nie będzie to wytłumaczenie pełne.

Z behawioralnego punktu widzenia istnienie wskazanych wyżej zakazów można wyjaśnić w stosunkowo nieskomplikowany sposób – opiera się ono na zaobserwowanej przy eksperymencie gry ultimatum prawidłowości, która stanowi, że ludzie nie są obojętni na poczucie uczciwości lub sprawiedliwości³⁰. Zakazane transakcje są po prostu postrzegane przez większą część społeczeństwa jako nieuczciwe i dlatego prawodawca, odpowiadając na potrzeby społeczeństwa, a więc wyborców, wprowadza odpowiednie

²⁷ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. 1964 nr 16 poz. 93 z późn. zm.).

²⁸ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. 1997 nr 88 poz. 553 z późn. zm.).

²⁹ C. Jolls, C.R. Sunstein, R. Thaler, *op.cit.*, p. 1510.

³⁰ Eksperyment gry ultimatum polega na zaproponowaniu dwóm osobom następujących warunków. Dostają one do podziału pewną kwotę pieniędzy. Pierwsza osoba ma zaproponować drugiej taki podział, by druga była skłonna go przyjąć. Jeżeli druga osoba odrzuci propozycję, kwota zostanie graczom odebrana. Z punktu widzenia teorii racjonalnego wyboru drugi gracz powinien zaakceptować nawet najmniejszą ofertę (np. 0,01 zł ze 100 zł). Jednak podczas przeprowadzania eksperymentu okazuje się, że osoby zazwyczaj odrzucają propozycje poniżej około 20% kwoty, natomiast osoby w roli pierwszego gracza oferują podział po około 50%. Z tego zjawiska badacze wysnuwają wniosek, że ludzie są skłonni karać zachowania, które uważają za niesprawiedliwe nawet kosztem własnego zysku, co jest sprzeczne z założeniami teorii racjonalnego wyboru.

regulacje. Precyzując, każda z omawianych transakcji charakteryzuje się tym, że jej warunki stanowią znaczne odstępstwo od warunków, na jakich zazwyczaj opierają się podobne transakcje na rynku. Analiza behawioralna przewiduje, że jeśli transakcje oparte na takich niestandardowych („krzywdzących”) warunkach będą miały miejsce odpowiednio często, wzrośnie społeczna presja na ich uregulowanie. Należy podkreślić, że nie chodzi o uregulowanie wszystkich wysokich cen, ale jedynie tych, których zawyżenie jest odstępstwem od normy – cen w standardowych transakcjach rynkowych danego rodzaju³¹.

Zwolennicy ekonomicznej analizy prawa zauważają również, że przedstawione zakazy określonych transakcji często odpowiadają rzeczywistemu zachowaniu przedsiębiorstw w warunkach, w których brak takowego zakazu. W warunkach rynkowych pożyczkodawcy często odmawiają pożyczki osobom, które uważają za niewiarygodne, nawet jeżeli mogliby zrekompensować sobie to ryzyko za pomocą wyższego oprocentowania. Po przejściu huraganu Andrew na Florydzie, pomimo braku prawa zakazującego zawyżania cen i ogromnej możliwości zysku, ogólnoamerykańska sieć sklepów z materiałami budowlanymi Home Depot utrzymała ceny na stałym poziomie. Właściciele teatrów na nowojorskim Broadwayu tłumaczą utrzymywanie cen popularnych spektakli na tym samym poziomie kwestią *public relations*³².

Wydaje się więc, że na zachowanie firm wpływ ma negatywne postrzeganie przez konsumentów podwyżek cen. Fakt ten bezpośrednio związany jest z kwestią reputacji – zwracanie uwagi na uczciwość lub sprawiedliwość zachowania jest właśnie przyczyną, dla której dane przedsiębiorstwo ma taką a nie inną reputację. Nie oznacza to jednak, że w sytuacji braku określonych zakazów wszyscy przedsiębiorcy zachowują się *fair*. Jednak interesującym zjawiskiem jest to, że firmy o solidnej pozycji rynkowej często popierają, a nawet lobbują za regulacją niektórych obszarów związanych z ich działalnością. Fenomenowi tego nie wyjaśnia standardowy model ekonomiczny.

4.2. Zakazy zupełne

Prócz przedstawionych w poprzednim podrozdziale regulacji, system prawa często obejmuje znacznie większą ilość zakazów dotyczących transakcji. I tak, zakazany jest handel ludzkimi organami, głosami wyborczymi, ludźmi (włącznie z oddaniem się w niewolę), w niektórych krajach zabroniona jest odpłatna surogacja, czyli przyjęcie zapłodnionej metodą *in vitro* komórki jajowej od niepłodnej pary, a następnie przekazanie urodzonego dziecka biologicznym rodzicom³³.

Zwolennicy behawioralnej ekonomicznej analizy prawa wskazują, że fakt zwracania uwagi przez ludzi na uczciwość lub sprawiedliwość danej transakcji jest dobrym wyjaśnieniem istnienia takich zakazów. Nie jest przy tym ważne, na ile ludzkie oceny związane z danymi transakcjami są uzasadnione. Istotne jest natomiast, że znacznie

³¹ C. Jolls, C.R. Sunstein, R. Thaler, *op.cit.*, p. 1510-1512.

³² *Ibidem*, p. 1514.

³³ *Ibidem*, p. 1515-1516.

utrudnione jest wytłumaczenie istnienia takich regulacji prawnych w kategoriach maksymalizacji efektywności ekonomicznej³⁴.

O ile w przypadku prezentowanych w poprzednim podrozdziale transakcji można było mówić o ich odstępstwie od standardowych transakcji danego typu, to w wypadku zupełnych zakazów należy stwierdzić, że takie standardowe transakcje po prostu (w legalnym obrocie) nie zachodzą. Interesującą do zbadania kwestią jest występowanie transakcji danego rodzaju przed ich delegalizacją, ponieważ behawioralna ekonomiczna analiza prawa każe przewidywać, że właśnie tego typu zachowania, a więc uprzednio już niepraktykowane, będą prawnie zakazane. Konwencjonalna *Le&E* natomiast przewiduje tylko, że takie zachowania będą zakazane wyłącznie wówczas, jeżeli zakaz jest efektywny ekonomicznie, ewentualnie korzystny dla jakiejś politycznie wpływowej grupy interesów³⁵.

4.3. Zakazy sądowe

Co do zasady, Pierwsza poprawka do Konstytucji USA gwarantuje obywatelom prawo wolności wypowiedzi³⁶. Jednakże z pewnych względów niektóre wypowiedzi, biorąc pod uwagę ich treść, obsceniczną lub związaną na przykład z bezpieczeństwem państwa, mogą być zakazane³⁷. Ograniczenie to może przyjąć dwie formy. Pierwszą jest zakaz wynikający z ustawy, drugą natomiast jest specyficzny zakaz sądowy (*injunction*), który indywidualnie zabrania osobie szeroko rozumianej wypowiedzi, na przykład ujawnienia posiadanych przez nią dokumentów. Zakaz ten jest formą *prior restraint*, co można przetłumaczyć jako „uprzednie ograniczenie”³⁸.

Amerykańska judykatura wykazuje ogromną niechęć do wystawiania owych zakazów, nawet jeżeli to samo zachowanie, które miałoby być przedmiotem zakazu, jest również zabronione ustawowo (zakaz taki służy prewencji indywidualnej wobec osoby, co do której zachodzi zwiększone prawdopodobieństwo, że złamie prawo). Co więcej, sankcja obwarowująca *prior restraint* jest zazwyczaj niższa niż ta wynikająca z ustawy. Konwencjonalna ekonomiczna analiza prawa nie daje satysfakcjonującego wyjaśnienia takiego stanu rzeczy. Natomiast zwolennicy podejścia behawioralnego wskazują że, podobnie jak w omówionym przypadku niechęci do negocjacji po wyroku sądu, również orzeczenie sądowe w postaci *injunction* może powodować powstanie charakterystycznej „więzi” pomiędzy samym zakazem a stroną, która go uzyskała. Jest więc to kwestia efektu posiadania. Behawiorysty wskazują, że oskarżycielowi, który uzyskał taki zakaz, będzie bardziej zależeć na realizacji powiązanych z nim

³⁴ *Ibidem*, p. 1516.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki uchwalona dnia 17 września 1787 r., <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/usa.html>.

³⁷ Na poziomie federalnym zniesławienie nie jest przestępstwem, jednak niektóre pojedyncze stany kryminalizują i to zachowanie, m.in. Floryda (Florida Statutes, § 836.01-836.11), Mississippi (Mississippi Code Annotated, § 97-3-55). Ma to miejsce również w Polsce (por. art. 212 Kodeksu karnego).

³⁸ Mówiąc ściślej, *prior restraint* oznacza każdą formę państwowej cenzury dokonywanej przed publikacją.

sankcji, niż wtedy, gdy odpowiedzialność oskarżonego wynikała jedynie z ustawy. Z punktu widzenia oskarżonego oznacza to, że oskarżyciel w tym drugim przypadku będzie bardziej skłonny do charakterystycznych dla amerykańskiego wymiaru sprawiedliwości „targów” (*plea bargain*). Stąd tak istotne jest, by sąd miał na uwadze, by nie wydać zakazu wypowiedzi przed wydaniem precyzyjnego osądu, że dana wypowiedź nie jest chroniona Pierwszą poprawką³⁹.

4.4. Gwarancje depozytów bankowych

Zachowania ludzi, w których nie kierują się oni kryteriami racjonalnego wyboru, w sposób szczególny ujawniają się na rynkach finansowych. Decyzje dotyczące zarówno lokowania czasowo wolnych środków pieniężnych, jak i zaciągania kredytów, często podejmowane są irracjonalnie. Zjawisko to wynika z różnych przyczyn, między innymi z niepełnej informacji, krótkowzroczności, ulegania sugestiom i namowom innych osób, działania pod presją czasu, mody itp. Wybory mogą też być intuicyjne, wynikać z przyzwyczajień lub być dokonywane w emocjach. Irracjonalność swe podłoże może mieć również w zachłanności. To właśnie w sferze transakcji finansowych nasilają się złe wybory, które są przedmiotem dociekań behawiorystów. Błędne decyzje, jeżeli są podejmowane w tym samym czasie przez wielu uczestników rynku finansowego, mogą skutkować negatywnie nie tylko w wymiarze indywidualnym, ale i w szerszej skali. Powstające zakłócenia w funkcjonowaniu systemu finansowego mogą mieć różną formę, od problemów z płynnością finansową pojedynczego banku, po utratę stabilności całego systemu finansowego danego kraju. Dodatkowo, jeżeli system ten jest znaczącym w skali międzynarodowej, w konsekwencji może dojść do globalnego kryzysu finansowego, który w dalszej kolejności generuje globalny kryzys gospodarczy⁴⁰. Za oczywiste należy zatem uznać, że dążenie do ograniczenia błędnych zachowań uczestników rynku finansowego znaleźć powinno odzwierciedlenie w określonych przepisach prawa regulującego funkcjonowanie tego rynku.

Przykładem przepisów prawa finansowego, które wpisują się w podniesiony powyżej postulat, są uregulowania w zakresie gwarantowania depozytów bankowych. Określają one zasady i poziom pokrycia środków zdeponowanych przez klienta w banku w przypadku niewypłacalności tego banku.

Systemy gwarantowania depozytów w poszczególnych krajach najczęściej funkcjonują w formie scentralizowanego funduszu, tworzonego obligatoryjnie przez określone instytucje finansowe – głównie banki⁴¹. Gwarancje dotyczą środków zdeponowanych

³⁹ C. Jolls, C.R. Sunstein, R. Thaler, *op.cit.*, p. 1516–1517.

⁴⁰ W najnowszych wydaniach podręczników ekonomii jako znamieny przykład błędnych zachowań uczestników rynku finansowego, które doprowadziły do globalnej recesji gospodarczej, wskazuje się sytuację z początków XXI wieku, kiedy to miliony ludzi w Stanach Zjednoczonych wzięły kredyty hipoteczne *subprime*, żeby kupić domy. Nie czytali lub nie rozumieli warunków spisanych „drobnym druczkiem”. W rezultacie wielu nie było w stanie spłacić kredytów i straciło domy, powodując potężny kryzys finansowy oraz recesję w gospodarce; por. P.A. Samuelson, W.D. Nordhaus, *Ekonomia*, tłum. A. Bukowski, J. Środa, Poznań 2012, s. 89.

⁴¹ W Polsce jest to Bankowy Fundusz Gwarancyjny, którego funkcjonowanie reguluje ustawa z dnia 14 grudnia 1994 r. o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym (Dz.U. 2009 nr 84 poz. 711 z późn. zm.).

w tych instytucjach. Zazwyczaj określony jest limit gwarancji, który odnosi się do sumy środków z rachunku danego deponenta znajdujących się w jednym banku⁴². W okresach kryzysów finansowych wiele krajów odchodzi od tych limitów lub podnosi ich kwotę⁴³.

Stanowienie prawa o gwarancjach depozytów bankowych w założeniu służyć ma zapewnieniu stabilności finansowej systemu bankowego, rozpatrywanej z perspektywy potencjalnego kryzysu. Charakterystyczną cechą początkowej fazy kryzysu finansowego jest utrata zaufania do sektora finansowego, rezultatem czego często jest masowe wycofywanie wkładów pieniężnych z lokat bankowych, tzw. *bank run*. Klienci dokonując wypłat kierują się obawą o utratę swoich oszczędności, gdyby bank stał się niewypłacalny, a paradoksalnie – to właśnie ich wypłaty mogą do tej niewypłacalności doprowadzić. Jest to przykład zjawiska zwanego samospełniającym się proroctwem, czyli sytuacji, gdy zachowania dotyczące oczekiwanych zdarzeń wpływają na samo zaiscienie tych zdarzeń. Stosowanie uregulowań prawnych dotyczących bezpieczeństwa lokat bankowych, w tym rozpatrywanych gwarancji, z jednej strony uwarunkowane jest zidentyfikowanymi możliwymi błędnymi zachowaniami uczestników rynku finansowego, z drugiej zaś – ma przyczynić się do ich ograniczenia w przyszłości. Stanowi ono doskonały przykład na istnienie zależności pomiędzy behawioralnymi aspektami rynku finansowego a stanowieniem prawa regulującego jego funkcjonowanie⁴⁴.

Odnotować należy, że zbytnie rozbudowanie gwarancji może sprzyjać rozwojowi zjawiska „pokusy nadużyć” (*moral hazard*), oznaczającego sytuację, w której ubezpieczenie się od skutków wystąpienia pewnego zdarzenia może doprowadzić do jego wystąpienia. Klienci bankowi, mając świadomość gwarancji swoich depozytów (odpowiednik ubezpieczenia), mogą dokonywać złych wyborów, lokując środki w bankach o wątpliwej stabilności finansowej, ale oferujących ponadstandardowe oprocentowanie. Jednocześnie osoby zarządzające bankami skłonne będą dokonywać inwestycji wysokiego ryzyka. Wskazane działania mogą doprowadzić do sytuacji kryzysowej⁴⁵.

Prowadzone rozważania uprawniają do konkluzji, że stanowienie prawa w zakresie gwarantowania depozytów bankowych jest dużym wyzwaniem dla ustawodawcy, w szczególności zaś wymaga uwzględnienia złożonych potencjalnych i rzeczywistych zachowań uczestników rynku finansowego, czyli podejścia behawioralnego.

5. Zakończenie

Esencją ekonomicznej analizy prawa jest, zgodnie z nazwą tego nurtu, badanie prawa z perspektywy ekonomicznej. Przedstawiciele *Law & Economics* proponują wyjaśnienia

⁴² W Polsce limit ten wynosi 100 tys. euro, co jest zgodne z wymogami unijnymi określonymi w dyrektywie 2009/14/WE z dnia 11 marca 2009 r. zmieniającej dyrektywę 94/19/WE w sprawie systemów gwarancji depozytów w odniesieniu do poziomu gwarancji oraz terminu wypłaty (Dz.U. UE 2009 L 68/3).

⁴³ Szerzej por. A. Hryckiewicz, *Interwencje rządowe w systemie bankowym a stabilność systemu finansowego*, *Ekonomista* 2013, nr 1, s. 34–35.

⁴⁴ T. Nieborak, *Behawioralna koncepcja prawa jako element Law & Economics*, *Ekonomia i Prawo* 2012, nr 1, s. 34.

⁴⁵ *Ibidem*.

genezy i natury poszczególnych (a w ostatecznym zamiarze wszystkich) instytucji i gałęzi prawa, u podstaw których zawsze leży mniej lub bardziej wyraziste założenie, zarówno deskryptywne, jak i normatywne, o efektywności ekonomicznej prawa (tzn. że prawo jest lub przynajmniej powinno być efektywne ekonomicznie). Prawo, ich zdaniem, z natury swej zmierza i powinno zmierzać do maksymalizacji społecznej użyteczności. Zwolennicy ekonomicznej analizy prawa nie poprzestają na opisie prawa w tym duchu i na stawianiu wobec prawa takiego wymogu, ale formułują również opinie co do ekonomicznych rezultatów danych rozwiązań prawnych oraz sugestie, w jaki sposób stanowienie i stosowanie prawa ma zmierzać do efektywności ekonomicznej.

Przedstawiciele behawioralnej ekonomicznej analizy prawa stawiają sobie za cel takie twórcze rozwinięcie i uzupełnienie założeń konwencjonalnej *Law & Economics*, które pozwoliłoby na formułowanie bardziej adekwatnych wyjaśnień oraz umożliwiłoby stawianie bardziej trafnych przewidywań co do skutków regulacji prawnych. W kontekście prowadzonych rozważań należy stwierdzić, że przynajmniej ten pierwszy cel wydaje się być spełniony. Poddane analizie przykłady uzasadnień wybranych regulacji prawnych służą jako argumenty dla poparcia takiego wniosku. Wykazano, że w niektórych przypadkach konwencjonalna ekonomiczna analiza prawa znajduje jedynie niezadowalające wyjaśnienia dla obowiązywania niektórych regulacji prawnych, a w innych jeszcze próżno szukać na jej gruncie jakichkolwiek uzasadnień. W tych samych jednak przypadkach behawioralna ekonomiczna analiza prawa znajduje wyjaśnienia istnienia danych regulacji prawnych, które należy uznać za wystarczające i przekonujące.

* * *

Explaining Selected Legal Regulations in Behavioral Approach to Law & Economics

The article concerns explaining selected legal regulations in behavioral approach to Law & Economics. Firstly, the notion and essence of conventional Law & Economics are presented, with special attention paid to Rational Choice Theory. Then the problem of the behavioral expansion is considered, understood not as a negation but as a enrichment and addition of the conventional model. Legal regulations concerning bans on overpriced goods, total bans and court injunctions are subject to analysis. The issue of regulations concerning guaranteed bank deposits is also considered. The examples presented come from both American and Polish law. As the effect of the considerations and analyses is the identification of a certain regularity, namely that some regulations tend to be hard to explain on the basis of the conventional model, but seem to find an accurate explanation on behavioral grounds.

Key words: Law & Economics, Behavioral Law & Economics, Rational Choice Theory, cognitive psychology, heuristics

Tomasz J. G. Zygmunt¹

Intuicja sędziowska²

Streszczenie:

Analiza intuicji sędziowskiej, stanowiąca motyw przewodni badań realistów prawnych, w perspektywie współczesnych badań psychologii behawioralnej, nabiera nowego, szczególnego znaczenia. Współczesne eksperymenty, ukazujące podatność sędziów na wpływ niepożądanych, irrelevantnych prawnie czynników, manipulujących orzecznictwymi procesami decyzyjnymi, stawiają pod znakiem zapytania chronioną proceduralnie sędziowską niezależność wewnętrzną. Odmienne, wątek badawczy, postrzegający intuicję sędziowską przez pryzmat intuicji eksperckiej, poszukuje obszarów prawa, w których występowanie błędów poznawczych ogranicza struktura środowiskowa domeny decyzyjnej – możliwe jest wypracowanie przez sędziów eksperckich umiejętności intuicyjnych. Rozbieżność celów dwóch wyżej opisanych perspektyw badawczych podkreśla istotną wartość poznawczą analizy psychologicznej dla współczesnej teorii prawa.

Słowa kluczowe: prawo i psychologia, intuicja sędziowska, intuicja ekspercka, heurystyki, decyzje

1. Wstęp

Postulat realizmu prawniczego, nakazujący badać sędziowski proces orzekania przez pryzmat domniemywanej intuicji prawniczej, nabiera nowego znaczenia w świetle współczesnych badań psychologicznych, związanych z procesami decyzyjnymi człowieka. Sędzia, jako jednostka ludzka, okazuje się być podległym ewolucyjnie wykształconym mechanizmom poznawczym. W niewątpliwie specyficznej domenie decyzyjnej, jaką stanowi system prawa, sędziowie przejawiają skłonności do polegania

¹ Autor jest studentem V roku Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

² Artykuł powstał w ramach sybsudium „Mistrz” Fundacji na Rzecz Nauki Polskiej pt. „Law and Neuroscience”, pod kierownictwem prof. dr. hab. B. Brożka.

na uproszczonych i niedoskonałych rozumowaniach, opierając swoje rozstrzygnięcia na nieświadomych mechanizmach skojarzeniowych i heurystycznych procesach myślowych. Analizowana przez pokolenia teoretyków prawa intuicja sędziowska ulega „odmityzowaniu” w świetle współczesnych badań eksperymentalnych psychologii behawioralnej, otwierając jednocześnie nowe możliwości dla badaczy interdyscyplinarnych, łączących w swych analizach wiedzę teoretyczną – prawną z psychologicznymi teoriami wyboru.

Poniższy artykuł ma na celu omówienie jednego z możliwych pól analiz intuicji sędziowskiej – kontekstu wiedzy eksperckiej. Przedstawione rozważania składają się z dwóch części. W pierwszej z nich przywołane zostaną dwa współczesne eksperymenty, podważające wizję rozumowań sędziowskich jako niezależnych od wpływów psychologicznych czynników kształtujących ludzką decyzyjność – będą to kolejno: eksperyment przeprowadzony przez Brite Englich, Thomasa Mussweilera oraz Fritza Stracka (2006)³, obnażający podatność doświadczonych sędziów na niepożądane błędy poznawcze (w powyższym przypadku na tzw. „efekt zakotwiczenia”) oraz eksperyment, który przeprowadzili Shai Danziger, Jonathan Levav oraz Liora Avnaim-Pesso (2011)⁴, wykazujący skłonność sędziów do zastępowania rozumowań dedukcyjnych uproszczonymi, skrótowymi procesami decyzyjnymi. W części drugiej nastąpi porównanie intuicji sędziowskiej z intuicją ekspercką, opisaną przez Gary’ego Kleina i Daniela Kahnemana w ich wspólnym dziele *Conditions for intuitive expertise: a failure to disagree* (2009)⁵. Poniższe rozważania zostają podsumowane w kontekście przydatności zdobytcy współczesnej psychologii behawioralnej dla nauk prawnych.

2. Czynniki pozaprawne w rozumowaniach sędziowskich

Specyfika decyzji, jakie zapadają na sali sądowej, nie pozostała obojętna dla badaczy zajmujących się analizą teorii wyboru. Aktywność filozoficzno – teoretyczna, stanowiąca przytłaczającą większość analiz rozumowań i decyzyjności sędziów, nie spowodowała wyłączenia aktywności eksperymentalnej w omawianej dziedzinie. Sfera deskryptywna decyzyjności sędziowskiej była wielokrotnie poddawana analizie psychologiczno – kognitywnej, a uwarunkowania i specyfika sfery prawnej – a właściwie jej części, wyizolowanej przez granice wyznaczające domenę sędziowską – zostały odizolowane od ich, wydawałoby się nieodłącznej, normatywności. Przykładem tego rodzaju analiz jest praca *Decision making and information integration in the courts: The setting of bail*⁶, gdzie Ebbe Ebbesen oraz Vladimir Konecni poddali eksperymentalnej weryfikacji tezę

³ B. Englich, T. Mussweiler, F. Strack, *Playing dice with criminal sentences: The influence of irrelevant anchors on experts’ judicial decision making*, Personality and Social Psychology Bulletin 2006, s. 188–200.

⁴ S. Danziger, J. Levav, L. Avnaim-Pesso, *Extraneous factors in judicial decisions*, Proc. Natl Acad. Sci. USA 2011, s. 6889–6892.

⁵ D. Kahneman, G. Klein, *Conditions for intuitive expertise: a failure to disagree*, American psychologist 2009, s. 515–526.

⁶ E.B. Ebbesen, V.J. Konecni, *Decision making and information integration in the courts: The setting of bail*, Journal of Personality and Social Psychology 1975, s. 805–821.

o pełnej, racjonalnej dedukcyjności rozumowań sędziów orzekających o poręczeniu majątkowym (*bail*) w sprawach karnych. Ich badania ukazały silną zależność pomiędzy decyzjami sędziów, a sugestiami prokuratorów (*district attorneys*), co uwydatniło decyzyjny skrót myślowy, jakim kierowali się orzekający, niejako zastępując nim dedukcyjną analizę prawną i faktyczną, która powinna była stanowić podstawę ich decyzji. Kolejnym przykładem jest praca zespołu naukowców: Chris'a Guthrie, Jeffrey'a Rachlinskiego oraz Andrew Wistrich'a⁷. Szereg ich eksperymentów wykazał kierowanie się przez sędziów heurystycznymi sposobami rozumowań oraz podatność na związane z nimi błędy poznawcze, m.in. kierowanie się wysokością roszczenia powoda przy ustalaniu wartości odszkodowania.

Powyższe przykłady wymagają komentarza. Wydaje się bowiem co najmniej kontrintuicyjne pozostawianie przez sędziów żądań prokuratorskich, czy tych określonych w pozwie jako irrelevantnych prawnie. Nie jest to jednak właściwa interpretacja wyników wspomnianych eksperymentów. Zarówno żądanie powoda przedstawione w pozwie, skardze, czy innym relevantnym procesowo dokumencie, jak i wnioski prokuratora co do konkretnych rozstrzygnięć stanowią część rozwiązań proceduralnych. Przepisy procesowe, dopuszczając lub nakazując wskazanie odpowiednich żądań, czy przedstawienie opinii przez strony lub innych uczestników postępowania, mają na celu nic innego, niż dopuszczenie pod rozagę sędziego wyżej wspomnianych, również w kontekście rozstrzygnięcia. Istota badań eksperymentalnych, przedstawionych powyżej, opiera się na wskazaniu uproszczeń rozumowań, jakich dopuszczają się sędziowie w podobnych do omawianych sprawach. Opinie stron, nawet jeśli wymagane przez prawo, mają na celu poszerzenie materiału, na którym sędzia opiera swoje rozstrzygnięcie lub czasem inne skutki procesowe – przykładowo ograniczenie żądaniem pozwu zakresu roszczenia. Tymczasem, jak pokazują badania eksperymentalne, sędziowie zastępują skomplikowane rozumowania dedukcyjne, związane z wnioskowaniem z materiału faktycznego danej sprawy, uproszczonymi mechanizmami decyzyjnymi, pozwalającymi na przyspieszone (choć niekoniecznie w praktyce formalistycznej samych sądów) rozstrzygnięcie osądzanego przypadku. Żądanie pozwu staje się punktem odniesienia dla wartości zasądzonego roszczenia, a wniosek prokuratora co do konkretnego rozstrzygnięcia – jego podstawą⁸. Funkcji takiej, dla wspomnianych wniosków uczestników postępowania, nie przewiduje prawo procesowe. Sędzia powinien opierać swoje rozstrzygnięcie na całości przedstawionego, relevantnego prawnie materiału

⁷ C. Guthrie, J.J. Rachlinski, A.J. Wistrich, *Judging by Heuristic-Cognitive Illusions in Judicial Decision Making*, *Judicature* 2002, s. 44.

⁸ W przypadku wniosków i opinii prokuratora sporną kwestią pozostaje wartościowość jego osądu danej sprawy. Prokurator jest osobą wykształconą prawnie, toteż jego profesjonalne przygotowanie legalistyczne i procesowe może, ze znacznym prawdopodobieństwem, gwarantować trafność jego sugestii w znaczącej liczbie przypadków. Jednak zadanie rozstrzygnięcia danej sprawy obciąża z umocowania konstytucyjnego osobę sędziego. Dlatego też, dla potrzeb podjętych rozważań, uznaję za niewłaściwe operowanie przez sędziów skrótowymi procesami decyzyjnymi, polegającymi na bezrefleksyjnym opieraniu swoich rozstrzygnięć na sugestii prokuratorów – w równym stopniu, co inne niepożądane uproszczenia poznawcze.

dowodowego – w szczególności na ustaleniach faktycznych⁹. Jego rozumowania decyzyjne powinny odzwierciedlać jego własną wiedzę prawniczą i rozwijać się w formę wyroku nakładającego określone prawem i dyskrejonálną władzą sędziowską konsekwencje. Nie wyłącza to oczywiście oparcia rozstrzygnięcia na argumentach przedstawionych przez uczestników postępowania. Obowiązkiem sędziego jest jednak ich weryfikacja pod względem trafności i prawidłowości, zarówno w kontekście faktycznym jak i legalnym. To właśnie na osobie sędziego spoczywa odpowiedzialność związana z wydanym wyrokiem i to jemu prawo przyznaje moc nakładania nim określonych konsekwencji, dlatego prowadzące do ostatecznej decyzji procesy rozumowań – również intuicyjne – powinny odzwierciedlać jego własny osąd.

Omówione badania wprowadzają nowy, deskryptywny wątek w dyskusji związanej z intuicyjnością sędziów. Ich istota, jak już zostało to wspomniane powyżej, polega na wskazaniu na obecność uproszczonych, heurystycznych procesów decyzyjnych w rozumowaniach sędziowskich. Perspektywa psychologiczna odkrywa pozanormatywne zagrożenia, wynikające z podatności ludzkiego umysłu na błędy poznawcze związane z niedoskonałymi rozumowaniami decyzyjnymi, nieobce, jak się okazuje, podmiotom obecnym na sali sądowej w trakcie procesu. Aspektu tego nie można pominąć przy omawianiu intuicji sędziowskiej z punktu widzenia psychologii behawioralnej. Poniżej przytoczone zostaną kolejne dwa eksperymenty, ukazujące podatność sędziów na opieranie swoich decyzji procesowych na irrelevantnych prawnie czynnikach. Pozostają one w analogicznej kompatybilności z badaniami omówionymi powyżej, jednak ich specyfika polega na podkreśleniu niepożądanych konsekwencji operowania niedoskonałymi rozumowaniami przez sędziów. Ma to niewątpliwe znaczenie dla omawianej materii intuicji sędziowskiej w perspektywie psychologicznej, gdyż to właśnie uproszczone i niedoskonałe procesy myślowe, oparte nie na dedukcji czy analizie obliczeniowej, lecz na mechanizmach takich jak skojarzenia czy analogie, stanowią trzon intuicji eksperckiej, opisanej przez Gary'ego Kleina i Daniela Kahnemana. Omówienie zagrożeń poznawczych związanych z takimi rozumowaniami i obecnymi na salach sądowych, wydaje się więc konieczne.

Pierwsza przedstawiona praca badawcza jest dziełem grupy naukowców specjalizujących się w badaniach poświęconych efektowi zakotwiczenia (*anchoring effect*). Birte Englich, Thomas Mussweiler oraz Fritz Strack (2006), badając procesy decyzyjne doświadczonych sędziów niemieckich, wykazali (podobnie jak Guthrie, Rachlinski i Wistrich w pracy przytoczonej powyżej) wpływ, jaki na orzeczenia sędziowskie mogą wywierać czynniki pozaprawne. Co istotne, uczestnicy eksperymentu pozostawali pod wpływem irrelevantnego prawnie czynnika nawet w przypadku oczywistości braku jakiegokolwiek korelacji pomiędzy wspomnianym czynnikiem a rozważaną sprawą. Ze względu na istotę mechanizmów decyzyjnych w przytoczonych badaniach dla psychologicznej

⁹ Nie pozostaje to w sprzeczności z poglądem, że rolą sądów nie jest ustalenie w pełni obiektywnej prawdy co do kwestii faktycznych, związanych z daną sprawą. Zobacz: G. Wagner, *Heuristics in Procedural Law* [in:] *Heuristics and the law*, Cambridge, MA, 2006, s. 283. Zobacz również: Uchwała Sądu Najwyższego, sygn: III CZP 115/03, z dnia 17.02.2004 r. – zanegowanie bezwzględne go charakteru prawdy materialnej.

i empirycznej perspektywy decyzyjności sędziowskiej, poniżej zamieszczony zostaje skrótowy opis omawianych eksperymentów.

Englich wraz z zespołem skonstruowali fikcyjne stany faktyczne, realistycznie odzwierciedlając materiał z jakim sędzia może zetknąć się w sprawie karnej. W pierwszym z trzech przedstawionych tutaj eksperymentów¹⁰ była to sprawa gwałtu, zaś w kolejnych dwóch – kradzieży. Uczestnicy eksperymentów (jak już zostało to wspomniane wcześniej, byli to sędziowie z co najmniej kilkuletnim doświadczeniem rozstrzygania spraw sądowych) poproszeni zostali o udzielenie odpowiedzi na szereg pytań związanych z przedstawionymi materiałami. Wśród nich autorzy eksperymentu umieścili tak zwane wartości kotwiczące, określające liczbowy wymiar proponowanej kary, jednak nie mające znaczenia z prawnego punktu widzenia. W eksperymencie pierwszym, czynnikiem kotwiczącym był fikcyjny telefon dziennikarza, z pytaniem „Czy zasądzona kara będzie wyższa czy niższa niż 1 rok/3 lata więzienia?”. Część uczestników otrzymała wersję z niższą kotwicą (1 rok) a pozostali z wyższą (3 lata). W drugim eksperymencie (fikcyjny kazus kradzieży) wartością kotwiczącą była sugestia prokuratora dotycząca wymiaru kary. Część uczestników otrzymała materiały w których wynosiła ona 3 miesiące, pozostali poddani zostali działaniu wyższej kotwicy – 9 miesięcy. Co niezwykle istotne, przedstawiony opis wprost określał podaną sugestię jako „losowo określoną”, „stworzoną dla celów eksperymentalnych” i irrelevantną prawnie. Taki opis wyłączał problem, związany z wartościowaniem opinii prokuratorskich, rozważony wcześniej w tym artykule. Eksperyment trzeci opierał się na procedurze znanej ze słynnego badania Amosa Tversky’ego i Daniela Kahnemana¹¹. Sędziowie otrzymali dwie kostki, za pomocą których determinowali wartość kotwiczącą. Jedna z grup uczestników otrzymała kostki obciążone tak, by odpowiednie wyniki rzutu wynosiły 1 i 2. Pozostali otrzymali kostki, które zawsze pokazywały wynik 3 i 6. Wartości kotwiczące były więc numerycznie identyczne z przedstawionymi w poprzednim eksperymencie, jednak, zgodnie z zamierzeniami autorów, ich losowość była dla biorących udział w eksperymencie sędziów niepodważalna.

Pomimo określenia przez wszystkie grupy czynników zawierających wartości kotwiczące jako nieistotne dla rozważań dotyczących decyzji ustalającej wymiar kary, uczestnicy nieświadomie uzależniali swoje orzeczenia od kotwic. Grupy, które wystawione zostały na działania kotwic wyższych (3 lata, 9 miesięcy) skazywały fikcyjnych sprawców na wyższy wymiar kary, niż grupy pracujące z materiałami zawierającymi

¹⁰ W pracy *Playing Dice...* badacze przedstawili i omówili cztery przeprowadzone przez siebie eksperymenty. W prezentowanej pracy omówione zostają trzy z nich, co uzasadnione jest omawianą tematyką i ograniczeniem ilościowym artykułu. Należy jednak wspomnieć, że eksperyment czwarty, związany z omawianymi, a prezentujący wpływ prezentowanych propozycji wymiaru kary na spójność argumentacji uzasadnianej przez czynniki inkryminujące lub eksculpacyjne, stanowi wartościowe dopełnienie ich rozważań. Zobacz B. Englich, T. Mussweiler, F. Strack, *Playing dice...*, s. 195 i następne.

¹¹ Eksperyment z kołem fortuny i oszacowaniem ilości krajów afrykańskich należących do Organizacji Narodów Zjednoczonych, wraz z innymi badaniami przytoczonymi w *Judgment...* podkreśla wkład Tversky’ego i Kahnemana w rozwój współczesnej psychologii decyzyjnej. Zobacz: A. Tversky, D. Kahneman, *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases* [in:] *Utility, probability, and human decision making*, Springer Netherlands, 1974, s. 141–162.

niższe wartości kotwiczące. Szczególnie interesujące pozostaje zauważenie tej prawidłowości również w eksperymencie trzecim, gdzie sędziowie sami determinowali wartości kotwiczące poprzez rzucanie parą kostek. Eksperyment zespołu Mussweilera pokazał wyraźnie, że czynniki pozaprawne mogą istotnie wpływać na rozumowania decyzyjne sędziów. Co więcej, efekt taki może wystąpić mimo pełnej świadomości o kompletnym braku korelacji między irrelevantnym czynnikiem, a procedowaną sprawą.

Ostatni z omawianych eksperymentów – badanie, które przeprowadziła trójka naukowców: Shai Danziger, Jonathan Levav oraz Liora Avnaim-Pesso¹² – analizowało ponad tysiąc decyzji sędziowskich sędziów izraelskich, dotyczących warunkowego zwolnienia osób skazanych. Danziger, Levav oraz Avnaim-Pesso wykazali istotny wpływ, jaki na orzeczenia sędziowskie może mieć powtarzalność materii prawnej, jak również czynnik kompletnie pozbawiony legalnego znaczenia z normatywnego punktu widzenia – przerwa śniadaniowa. Analiza przeprowadzona w omawianym eksperymencie wykazała, że sędziowie procedujący kolejno w podobnych sprawach wykazują „zwiększającą się tendencję do orzekania na korzyść *status quo*”¹³. W badaniach zespołu Danzinger’a wysoki odsetek orzeczeń przyznających zwolnienie (~65%), wraz z kolejnymi procedowanymi sprawami, systematycznie spadał do wartości bliskiej zeru, a następnie wracał do wartości początkowej po odbyciu przez sędziego przerwy śniadaniowej. Chociaż badacze nie wskazują w swoich badaniach spożycia posiłku jako czynnika warunkującego określony standard mentalny rozumowań przeprowadzanych przez sędziów, jest to kolejny przykład eksperymentu empirycznego znacząco wskazującego na obecność wpływów pozanormatywnych, manipulujących finalną decyzją sędziowską. Z perspektywy psychologicznej szczególnie interesującym wnioskiem jest wzrastająca skłonność sędziów do orzekania na korzyść stanu obecnego, wraz z kolejnymi, powtarzającymi się sprawami. Choć określenie tej tendencji jako heurystyki myślenia wydaje się na obecnym etapie zbyt daleko idące, to jednak uwydatnia się podkreślenie empirycznej natury rozumowań sędziowskich oraz jej wyraźne oddalenie od założonej normatywnie, a opartej na relevantnych prawnie faktach sprawy, dedukcyjności.

Przedstawione w powyższym rozdziale przykłady badań empirycznych wyznaczają nowy standard analiz dotyczących sędziowskich rozumowań i intuicji. Sędziowie okazują się być podatni na szereg błędów poznawczych, niezwiązanych z materią normatywną, a z psychologiczno – kognitywnymi właściwościami ludzkiego umysłu. Rozważania realizmu prawniczego wychodzą z ram teoretyczno – filozoficznych i znajdują osadzenie w eksperymentalnej dziedzinie analiz ludzkiej decyzyjności. Nie wydaje się jednak właściwą interpretacją rozdzielać lub wykluczać normatywność w kontekście psychologicznych badań procesów myślowych sędziów. Należy raczej zwrócić uwagę – z perspektywy nauk prawnych – na wartość dopełniającą badań empirycznych, a z perspektywy psychologicznej na konieczność uwzględnienia specyfiki uwarunkowań domeny decyzyjnej dziedziny prawa w przeprowadzanych analizach.

¹² S. Danziger, J. Levav, L. Avnaim-Pesso, *Extraneous...*, s. 6889–6892.

¹³ *Ibidem*, s. 6892.

3. Intuicja sędziowska a intuicja ekspercka

Przytoczone powyżej przykłady badań eksperymentalnych podkreślają aspekt psychologicznej analizy decyzyjności sędziowskiej, który można określić jako negatywny. Jego istotą pozostaje przedstawienie błędów poznawczych, mogących wystąpić w rozumowaniach sędziowskich oraz ich niepożądanego wpływu na finalne decyzje sędziów. Niewątpliwie analizy tego rodzaju przedstawiają znaczącą wartość dla nauki prawa – nie tylko bowiem pozwalają na zidentyfikowanie określonych problemów oraz podjęcie działań zapobiegawczych¹⁴, ale również określają realistyczny model rozumowań sędziowskich w normatywnej przestrzeni decyzyjnej systemu prawa. Nie jest to jednak jedyna możliwa perspektywa badań, jaka może wynikać z zastosowania współczesnych zdobyczy nauk psychologicznych dla analiz dziedziny prawnej. Choć wydaje się prawdziwym twierdzenie, że to właśnie eksperymenty ukazujące błędy, na jakie narażają sędziów heurystyczne, uproszczone rozumowania, znajdują największy oddźwięk w środowisku naukowym oraz otwierają najbardziej obiecujące perspektywy dla badaczy komparatystycznych, aspekt pozytywny, ukazujący wartościowo dodatni wpływ obecności uproszczonych rozumowań i procesów myślowych – zarówno w domenie sędziowskiej, jak i w innych obszarach systemu prawa – również stanowi przedmiot szeroko zakrojonych analiz, podejmowanych przez naukowców o międzynarodowej renomie¹⁵. Perspektywa normatywna, jaką na ludzkie procesy decyzyjne nakłada prawo, dzięki psychologii znajduje swoje empiryczne dopełnienie na wielu różnorodnych płaszczyznach.

Próbie podjęcia nowego wątku w omawianym obszarze stanowi analiza intuicji sędziowskiej, jako potencjalnej intuicji eksperckiej. Tak jak już zostało to zasygnalizowane, głównym odniesieniem dla przedstawionego porównania będzie praca Gary'ego Kleina oraz Daniela Kahnemana¹⁶, w szczególności określone w niej warunki konieczne do zaistnienia właściwych umiejętności eksperckich w danej dziedzinie decyzyjnej. Na wstępie należy podkreślić, że tych dwoje naukowców reprezentuje istotnie odmienne generalne stanowisko w kontekście badań nad wiedzą ekspercką. Klein jest przedstawicielem ruchu Natural Decision Making, podkreślającego wartość pozytywną, związaną umiejętnościami eksperckimi w różnych domenach decyzyjnych¹⁷. Z kolei Kahneman reprezentuje pogląd znacznie bardziej sceptyczny, skupiający się na demaskowaniu fałszywej intuicji eksperckiej. Wraz z Amosem Tversky'm, Kahneman zasłynął badaniami

¹⁴ Dla przykładu, efekt zakotwiczenia i jego wpływ na określone decyzje można – jeśli zostanie zidentyfikowany – przezwyciężyć za pomocą przyswojenia „wiedzy przeciwnej” (*anchor-inconsistent knowledge*). Zobacz: T. Mussweiler, F. Strack, T. Pfeiffer, *Overcoming the inevitable anchoring effect: Considering the opposite compensates for selective accessibility*, *Personality and Social Psychology Bulletin* 2000, s. 1142–1150.

¹⁵ G. Gigerenzer, C. Engel, *Heuristics and the Law*, Mit Press, 2006.

¹⁶ D. Kahneman, G. Klein, *Conditions...*, s. 515–526.

¹⁷ W.G. Chase, H.A. Simon, *The mind's eye in chess* [in:] *Visual information processing*, red. W.G. Chase, New York 1973, p. 215–281. Zobacz również: G.A. Klein, R. Calderwood, A. Clinton-Cirocco, *Rapid decision making on the fire ground* [in:] *Proceedings of the Human Factors and Ergonomics Society annual meeting* (Vol. 30, No. 6), SAGE Publication, 1986, p. 576–580.

ukazującymi błędy ludzkich rozumowań, na jakie nieświadomie przyzwala nasz umysł przy rozwiązywaniu skomplikowanych problemów, stosując procesy heurystyczne¹⁸. Biorąc pod uwagę rozbieżność poglądów Kahnemana i Kleina, tym bardziej wartościową wydaje się ich praca, podkreślająca kwestie intuicyjności eksperckiej, co do których obaj badacze pozostali zgodni.

Klein i Kahneman zgodnie przyznają, że umiejętności eksperckie, czyli oparte na wyuczonych wzorcach zachowawczych oraz mechanizmach analogii i rozpoznania, przyspieszone i heurystyczne procesy decyzyjne, przy właściwej ich implementacji pozwalają na dokonywanie trafnych i właściwych wyborów w niezwykle szybkim czasie. Obaj badacze podkreślają jednak, że wypracowanie intuicyjnej wiedzy eksperckiej możliwe jest jedynie przy spełnieniu dwóch podstawowych warunków. Pierwszym z nich jest obecność widocznych i możliwych do wyuczenia regularności, zachodzących w danej domenie decyzyjnej. Drugim – odpowiednio długotrwały trening, pozwalający na przyswojenie tych regularności. Eksperci w swoich decyzjach opierają się na przywołaniu wypracowanych wzorców zachowawczych, odpowiadając w przysłowiowym mgnieniu oka na problem, który stawia przed nim specyfika ich profesji. Nie podejmują oni rozbudowanych, czasochłonnych i angażujących ogromne ilości „środków” (czas, aktywność umysłowa) niezawodnych wnioskowań dedukcyjnych, czy numerycznych analiz probabilistycznych, lecz adaptują wyuczone rozwiązania do zaistniałych zdarzeń faktycznych. Niezwykle krótki czas, potrzebny do przeprowadzenia eksperckich procesów myślowych, połączony z ich niezawodnością, określa nadrzędną wartość intuicji eksperckiej.

W kontekście analizy intuicji sędziowskiej, jako możliwej intuicji eksperckiej, należy udzielić odpowiedzi na pytanie, czy wyżej wymienione warunki – odpowiednie regularności domenowe oraz właściwy trening – zachodzą w przypadku sędziów. Nie ulega wątpliwości, że osoby odpowiedzialne za wyrokowanie przyswajają ogromne ilości wiedzy prawniczej, co jest następnie weryfikowane egzaminacyjnie. Co więcej, do uzyskania statusu sędziego konieczne jest odbycie odpowiedniej ilości zajęć praktycznych, polegających na uczestniczeniu w zaistniałych sprawach jako asystenci lub sprawując inne, podobne funkcje. Cały wyżej opisany proces trwa lata, a ostatecznie wyselekcjonowane osoby stanowią niewątpliwą przykład osób nieprzeciętnie wykształconych pod względem prawnym. Pytanie, czy tego rodzaju trening spełnia warunki określone przez Kleina i Kahnemana, pozostaje jednak względne. Warunek odpowiedniego „wytrenowania” superwenuje bowiem na podstawowej właściwości danego obszaru decyzyjnego, która musi zostać spełniona, aby zaistniała możliwość wypracowania umiejętności określanych jako eksperckie. Wspomnianą właściwością są oczywiście widoczne regularności domenowe, pozwalające na odpowiednią ich naukę, poprzez długoletni trening, dla późniejszego ich wykorzystania w praktyce decyzyjnej.

¹⁸ A. Tversky, D. Kahneman, *Extensional versus intuitive reasoning: The conjunction fallacy in probability judgment*, Psychological review 1983, p. 293–315. Zobacz także: D. Kahneman, *Thinking, fast and slow*, Macmillan, 2011.

Czy system prawa stanowi obszar decyzyjny, w którym „istnieje stabilna relacja pomiędzy obiektywnie identyfikowalnymi przyczynami i wydarzeniami następczymi”?¹⁹ Opuszczając sferę normatywną, w której identyczne stany faktyczne powinny zawsze prowadzić do tego samego rozstrzygnięcia, odpowiedź oparta na doświadczeniach empirycznych wydaje się być skrajnie negatywna. Pierwszym powodem takiego stanu rzeczy jest ciągła zmienność regulacji prawnych definiujących zależności systemowe. Przykładowo w Polsce w roku 2016 opublikowanych zostało ponad 2300 ustaw i rozporządzeń²⁰. Abstrahując od oceny tego zjawiska, w oczywisty sposób generuje ono zmienność reguł rządzących środowiskiem orzekania. Kolejnym powodem jest wpływ orzecznictwa, generujący realistyczne zasady rozstrzygania. Poszczególne sądy często różnią się w przyjętej linii orzeczniczej, dotyczącej tych samych przepisów prawnych. Wreszcie, co pierwotne w stosunku do wyżej wymienionych, sędzia orzeka w oparciu o określony stan faktyczny. Biorąc pod uwagę skomplikowaną naturę rzeczywistości, nie wydaje się możliwe, aby w sądzie zaistniały dwie identyczne pod każdym względem sprawy. Wkraczające w tę materię przepisy proceduralne, mające za zadanie wyeliminowanie irrelevantnych prawnie czynników, nie mogą wszelako ingerować w płaszczyznę deskryptywną – są więc nieskuteczne empirycznie, co wykazują przytoczone w poprzednim rozdziale eksperymenty. Bez odpowiednich warunków środowiskowych nie jest możliwe wykształcenie intuicji eksperckiej, bez względu na czas i rodzaj podjętego treningu, co wydaje się eliminować możliwość wykształcenia intuicji eksperckiej w przypadku sędziów.

Przeciwko przytoczonym argumentom można jednak przytoczyć istotne materie analizy, wskazujące na potencjalną możliwość wykształcenia intuicyjności eksperckiej przez sędziów. Po pierwsze, wspomniany wpływ orzecznictwa przedstawia również wymiar pozytywny, w kontekście rozważanego problemu. Zhierarchizowanie systemu sądowniczego generuje znaczący wpływ, jakie orzecznictwo sądów wyższej instancji wywiera na sądy instancji niższej. Co jest oczywistym faktem dla prawników, znajomość orzecznictwa stanowi podstawowe dopełnienie wiedzy opartej na znajomości przepisów. Koherencja stanowisk sądów²¹, wywierana przez renomę sądów wyższej instancji, wypełnia luki prawne i niedoskonałości systemowe, wprowadzając określone środowiskowe regularności, które mogą stanowić podstawę do wykształcenia intuicji eksperckiej. Następczym wobec rozważanego zjawiska, staje się specjalizacja sędziów – oraz praktykujących prawników – w konkretnej dziedzinie prawa. Ograniczenie domeny do określonej gałęzi prawa może powodować zaistnienie odpowiednich właściwości do wykształcenia umiejętności eksperckich w wyspecjalizowanej dziedzinie.

¹⁹ Tak Klein i Kahneman identyfikują środowiska decyzyjne określane przez nich jako „high-validity environments”. Zobacz: D. Kahneman, G. Klein, *Conditions for...*, s. 524.

²⁰ Źródło: Internetowy System Aktów Prawnych, <http://isap.sejm.gov.pl/VolumeServlet?type=wdu&rok=2016>.

²¹ Jak zostało wspomniane wcześniej, nie uznaję za fakt pełnej spójności orzeczniczej, a wręcz podkreślam zaistniałe rozbieżności, jako zjawisko negatywnie wpływające na możliwość wypracowania wiedzy eksperckiej przez sędziów. W podanym fragmencie wskazuję jedynie na potencjalną możliwość zapewnienia odpowiedniej regularności środowiskowej, ograniczonej do poszczególnych gałęzi prawa.

Powyższe rozważania stanowią jedynie ograniczoną argumentację poddającą w wątpliwość kompletne zanegowanie możliwości zaistnienia intuicji eksperckiej w sądach. Aby skutecznie zweryfikować omawiany pogląd, potrzeba szeregu badań empirycznych, odpowiednio przeprowadzonych i sklasyfikowanych. Obecnie, jak wskazują przytoczone eksperymenty, koncepcja eksperckiej intuicji sędziowskiej wydaje się ulegać uzasadnionemu sceptycyzmowi, co znajduje odzwierciedlenie w poglądach naukowców²². Jak już zostało to jednak podkreślone, żaden z przedstawionych poglądów nie został zweryfikowany eksperymentalnie, co przy możliwościach współczesnych badań behawioralnych wydaje się zabiegiem możliwym do przeprowadzenia. Wartość tego rodzaju badań wyznacza również możliwa do zaistnienia iluzja fałszywej intuicji eksperckiej²³ oraz zagrożeń decyzyjnych, jakie ze sobą niesie. Pozostaje zatem oczekiwać, że postulat przeprowadzenia odpowiednich analiz eksperymentalnych w materii analizy intuicji sędziowskiej nie pozostanie bez odpowiedzi.

4. Podsumowanie

Tomasz Pietrzykowski, przywołując podział pojęcia „intuicji” zastosowany przez Jerzego Stelmacha, na intuicję „racjonalną”, „fenomenologiczną” i „psychologiczną”²⁴ słusznie uznaje go za „nie do utrzymania” w kontekście współczesnego stanu wiedzy na temat mechanizmów intuicyjnych²⁵. Nadrzędna rola nauk kognitywnych wypiera teoretyczno – filozoficzne koncepcje opisujące zjawisko intuicji, weryfikując empirycznie ich trafność. Współczesna teoria prawa nie może pozostać – i nie pozostaje – obojętna wobec tego faktu. Zarówno pojęcie intuicji sędziowskiej, jak i analiza procesów heurystycznych zachodzących w różnorodnych sferach systemów prawnych, a także inne badania psychologiczno – behawioralne, związane ze sferą decyzyjną podmiotów prawa, stanowią kolejny i konieczny krok w materii rozwoju prawoznawstwa. Jednocześnie postulat całkowitego wyłączenia sfery normatywnej z zakresu wspomnianych analiz wydaje się niewłaściwy. Celowe skupienie się przy określonym eksperymencie na materii czysto deskryptywnej nie wyłącza zastosowania późniejszych analiz normatywnych. Specyfika prawa zawiera się we wzajemnym, równoległym egzystowaniu sfer normatywnej i deskryptywnej, innymi słowy – na ciągłym doskonaleniu „tego jak jest”, mając obraz „tego jak być powinno”. Nie pozostaje to w sprzeczności z faktem rewolucji wiedzy w dziedzinie psychologii behawioralnej, obejmującej w szczególności wiedzę na temat ludzkich mechanizmów decyzyjnych, a dokonującej się na oczach współczesnych teoretyków prawa. Właściwym więc wydaje się postulat pełniejszego

²² J. Shanteau, *Competence in experts: The role of task characteristics*, *Organizational behavior and human decision processes* 1992, 53 (2), p. 252–266.

²³ D. Kahneman, G. Klein, *Conditions for...*, s. 522–523.

²⁴ J. Stelmach, *Intuicja prawnicza* [w:] *Dziedzictwo prawne XX wieku. Księga Pamiątkowa z okazji 150-lecia Towarzystwa Biblioteki Słuchaczy Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego*, Kraków 2001, s. 38.

²⁵ Jednocześnie Pietrzykowski nie neguje wartości poznawczej wspomnianego podziału, w kontekście „porządkująco – historycznym”. Zobacz: T. Pietrzykowski, *Intuicja prawnicza: w stronę zewnętrznej integracji teorii prawa*, Warszawa 2012, s. 52.

uwzględnienia w nauce teorii prawa psychologicznych badań empirycznych, pozwalających na zrozumienie mechanizmów decyzyjnych zachodzących na salach sądowych – pozostaje więc mieć nadzieję, że zostanie on uwzględniony przez naukowców.

* * *

Judicial Intuition

As recent psychological experiments have shown, judges proceed their decisions under the biological restrictions of the human body and use evolutionarily- adapted mechanisms – such as heuristics. According to above – mentioned analyzes, the judicial decision-making process appears to be susceptible to cognitive biases and random, legally irrelevant factors. On the other hand, judges' intuitive skills, which were mainly concerned by legal realists, are now empirically possible to investigate. Following that indicator, a wide – ranging discussion towards differently – aimed goals of psychological analyze of law strongly underlines the importance of modern empirical studies devoted to judicial decision making processes.

Key words: judicial intuition, expert intuition, heuristics and biases, law and psychology, decision making

Maciej Hadel¹, Iwo Jarosz²

Współczesne problemy poradnictwa prawnego na przykładzie działalności Studenckiej Poradni Prawnej UJ – kwestie *de lege lata* i *de lege ferenda*

Streszczenie:

Studenckie poradnie prawne od 20 lat stanowią jeden z filarów systemu poradnictwa prawnego i obywatelskiego w Polsce. Ich funkcjonowanie nie jest jednak wolne od różnorodnych trudności. Artykuł niniejszy jest próbą nakreślenia prawnych przeszkód, z jakimi mierzyć muszą się poradnie w codziennej pracy. Autorzy, w oparciu o doświadczenia z wieloletniej praktyki w Studenckiej Poradni Prawnej UJ oraz analizę dogmatyczną, ukazują proceduralne i instytucjonalne bariery stojące przed klinikami prawa. Spośród barier proceduralnych zbadano możliwość wzięcia udziału przez studenta poradni w postępowaniach sądowych w charakterze przedstawiciela strony oraz utrudnienia wynikające z regulaminu urzędowania sądów, do których zaliczono brak dostępu do akt postępowań oraz ograniczenia w telefonicznym uzyskiwaniu informacji o stanie sprawy. Jako istotna przeszkoda wskazany został także brak ochrony stosunku zaufania pomiędzy studentem pracującym w poradni a klientem, wyrażający się w braku prawnej regulacji tajemnicy w zakresie wiadomości uzyskanych od klienta w ramach prowadzenia sprawy. Omówiony został praktyczny problem w postaci trudności z uzyskaniem zwolnienia od kosztów sądowych przez klienta reprezentowanego przez poradnię. Wreszcie krótko omówiono bariery instytucjonalne, w tym wynikające z nieobjęcia klinik regulacją usta-

¹ Absolwent prawa (2015 r.) na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, doktorant w Katedrze Prawa Administracyjnego. Redaktor naczelny Kolegium Redakcyjnego Internetowego Przeglądu Prawniczy TBSP UJ w latach 2015–2017, asystent w Sekcji Prawa Cywilnego Studenckiej Poradni Prawnej UJ, asystent sędziego w Sądzie Rejonowym dla Krakowa – Podgórze w Krakowie.

² Absolwent prawa (2015 r.) na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego. Obecnie student I roku studiów uzupełniających magisterskich na kierunku administracja oraz, od 2016 r., aplikant adwokacki przy Okręgowej Izbie Adwokackiej w Krakowie. Słuchacz studiów podyplomowych z zakresu prawa angielskiego i prawa europejskiego, prowadzonych we współpracy z Uniwersytetem Jagiellońskim. Asystent w Sekcji Prawa Cywilnego Studenckiej Poradni Prawnej UJ.

wy o nieodpłatnej pomocy prawnej oraz edukacji prawnej. Rozważania zostały wzbogacone uwagami i postulatami *de lege ferenda*.

Słowa kluczowe: studenckie poradnie prawne, poradnictwo prawne, bariery prawne, bariery proceduralne, bariery instytucjonalne

Wstęp

Zmiany ekonomiczne, społeczne i ustrojowe niosą konieczność dostosowania do nich nie tylko systemu prawa, ale i również systemu edukacji prawniczej. W polskich realiach studia prawnicze mają nadal w przeważającym stopniu klasyczny uniwersytecki charakter. O ile oczywiste jest, że rolą uniwersytetu nie jest kształcenie zawodowe *sensu stricto*, czyli praktyczna nauka zawodu, lecz przekazanie podwalin wiedzy teoretycznej, o tyle za niekontrowersyjne uznać należy twierdzenie, że pewne elementy praktycznej edukacji zawodowej winny znaleźć odzwierciedlenie w programie studiów prawniczych.

W świetle powyższego żywym problemem staje się znalezienie kompromisu między kładzeniem nacisku na teorię, a wypracowaniem u przyszłych adeptów zawodów prawniczych umiejętności o charakterze czysto praktycznym. Powstanie i rozpowszechnienie studenckich poradni prawnych jest przejawem dążeń do osiągnięcia takiego kompromisu. Tak zwany program kliniczny, realizowany w ramach studenckich poradni prawnych, uzupełnia dotychczasowy model kształcenia, stanowiąc najczęściej fakultatywny przedmiot w toku studiów, daje studentowi próbkę jak – posiadając odpowiedni zasób wiedzy – wykonywać zawód prawniczy.

Przed przystąpieniem do omówienia i krytycznej analizy praktycznych problemów funkcjonowania poradnictwa prawnego na przykładzie działalności Studenckiej Poradni Prawnej Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie, konieczne jest uprzednie skrótowne przybliżenie samej problematyki poradnictwa prawnego w jego wydaniu uniwersyteckim – jego misji, celów oraz struktury. W dalszej kolejności wskazane zostaną konkretne bariery utrudniające codzienną działalność – w ramach analizy *de lege lata*, następnie zaś zasygnalizowane zostaną pewne postulaty *de lege ferenda*.

Przedstawiane koncepcje autorzy z góry traktują jako przyczynek do dyskusji, wyrażając gotowość nie tylko do podjęcia polemiki, lecz także do korekty własnego stanowiska. Zagadnienia przedstawiane w niniejszym artykule nie doczekały się bowiem swoich zbyt licznych opracowań, będąc w ogóle nieczęsto poruszonymi w nauce prawa.

1. Poradnictwo prawne i obywatelskie a studenckie poradnie prawne

Poradnictwo prawne w ujęciu ogólnym jest formą aktywności społecznej, najczęściej ubraną w instytucjonalne ramy charakterystyczne dla trzeciego sektora – organizacji pozarządowych³. Działalność taką zdefiniować można jako systematyczne udzielanie

³ M. Dudkiewicz, T. Schimanek, M. Waszaw [w:] *Poradnictwo prawne i obywatelskie w Polsce*, red. A. Peisert, T. Schimanek, M. Waszak, A. Winiarska, Warszawa 2013, s. 25.

bezpłatnych informacji i porad prawnych, które mają na celu rozwiązanie konkretnego problemu (konkretnej sprawy), na rzecz osoby fizycznej (ewentualnie, rzadziej, na rzecz organizacji pozarządowych, zwłaszcza non-profit) a udzielane są przez prawników bądź osoby nieposiadające formalnego wykształcenia, lecz wyposażone w odpowiednie kompetencje (studentów wyższych lat studiów prawniczych).

Prawidłowo funkcjonujący system poradnictwa prawnego i obywatelskiego pomaga mierzyć się z problemami społecznymi, zwłaszcza dotyczącymi osób najuboższych, i rozwiązywać konflikty społeczne, stanowiąc jednocześnie ważny czynnik zapobiegania wykluczeniu społecznemu. Nie do pominięcia jest także oddziaływanie pośrednie poradnictwa prawnego i obywatelskiego. Za przejaw takowego można uznać edukację prawną, z której korzystają tak zasadniczy beneficjenci poradnictwa, jak i osoby je świadczące. Innym przejawem pośredniego oddziaływania poradnictwa prawnego i obywatelskiego jest uwrażliwienie osób świadczących pomoc w tym systemie na kwestie naruszeń praw człowieka⁴.

W ogólnym ujęciu studencka poradnia prawna (nazywana czasem, na wzór systemów anglosaskich, kliniką prawa) jest jednostką organizacyjną wyższej uczelni, afiliowaną przy wydziale prawa, korzystającą z jego zasobów materialnych i osobowych, włączoną, poprzez prowadzone przedmioty kliniczne, w uniwersytecki program nauczania. Pierwsza studencka poradnia prawna w Polsce powstała w 1997 r. – była nią Studencka Poradnia Prawna Uniwersytetu Jagiellońskiego (wówczas pod nazwą „Uniwersytecka Poradnia Prawna UJ”).

Wyróżnić można dwa paralelne cele klinicznego nauczania prawa – pierwszy wyraża się w przekazywaniu studentom wiedzy praktycznej⁵, pokazywaniu realiów wykonywania zawodów prawniczych, umożliwieniu studentom dokonania weryfikacji, czy szeroko pojęta praktyka prawnicza jest ich życiowym powołaniem. Drugi z kolei cel – zapewne społecznie istotniejszy (choć nie sposób również odmówić społecznego znaczenia celowi pierwszemu) – to udzielanie pomocy prawnej *pro bono* osobom, które nie są w stanie ponieść kosztów korzystania z pomocy profesjonalnego pełnomocnika⁶. Praktyka codziennej działalności studenckich poradni prawnych musi w jak najefektywniejszy sposób godzić te dwa cele.

Uniwersytecka klinika prawa jest w praktyce instytucją, która charakteryzuje się ogromną dynamiką pracy. Z jednej strony przekłada się to na wymóg bardzo sprawnej organizacji i systemu zarządzania poradnią oraz nadzorowania pracy terminujących w niej studentów. Z drugiej strony owocuje to tym wyraźniejszym wpływem barier prawnych, o których mowa poniżej.

Studenci pracujący w ramach studenckich poradni prawnych udzielają porad prawnych osobom ubogim, zgodnie z określonymi regułami, opracowanymi przez nadzorującą ich działalność Fundację Uniwersyteckich Poradni Prawnych z siedzibą

⁴ D.F. Chavkin, *Clinical Legal Education. A Textbook for Law School Clinical Programs*, Cincinnati, Ohio 2002, s. 1–2.

⁵ M. Klauze [w:] *System poradnictwa prawnego i obywatelskiego w Polsce. Wdrażanie rozwiązań modelowych*, red. M.J. Skrodzka, Warszawa 2014, s. 100 i nast.

⁶ M. Szewczyk, *Idea uniwersyteckich poradni prawnych*, Klinika 1999, Nr 1, s. 15 i nast.

w Warszawie. Za sprawą tej Fundacji spisane zostały „Standardy działalności Uniwersyteckich Poradni Prawnych”. Zgodnie z nimi działalność klinik prawa powinno cechować dążenie do jak najwyższej jakości świadczonej pomocy i sprawowanie nadzoru merytorycznego nad pracą studentów przez wykwalifikowanych prawników. Pomoc udzielana przez poradnie jest świadczona nieodpłatnie. Jedną z głównych wartości w pracy klinik prawa powinna być daleko posunięta poufność. Klienta poradni i studenta zajmującego się jego sprawą powinien łączyć głęboki stosunek zaufania.

Studencka Poradnia Uniwersytetu Jagiellońskiego aktualnie prowadzi swą działalność w ramach pięciu sekcji – dwóch sekcji prawa cywilnego, sekcji prawa karnego, sekcji prawa medycznego, sekcji prawa pracy oraz sekcji praw człowieka. Porad prawnych w ramach Studenckiej Poradni Prawnej UJ udziela rokrocznie ok. pięćdziesięciu studentów od III do V roku studiów, nadto w Poradni w roku akademickim 2016/2017 pracowało dwanaścioro koordynatorów, czternaścioro asystentów koordynatorów oraz troje pracowników sekretariatu. Należy stwierdzić, że jest to liczba bardzo duża – struktura SPP UJ odpowiada większej, wielkomiejskiej kancelarii prawnej. Jeżeli chodzi o zakres działalności, to sama sekcja prawa cywilnego średniorocznie prowadzi sprawy około 150 klientów. Liczba osób, które brały udział w programie kształcenia klinicznego jako studenci oraz osób, które choćby pośrednio korzystały z pomocy udzielanej przez Studencką Poradnię Prawną UJ na przestrzeni 19 lat jej istnienia jest więc znacząca.

Do standardowych elementów organizacyjnych każdej Studenckiej Poradni Prawnej należy sekretariat, zapewniający obsługę techniczno-organizacyjną całej pracy poradni⁷. Poradnię kieruje zwykle pracownik naukowy wydziału, zajmujący się merytoryczną jak i organizacyjną stroną działalności. W dalszej kolejności w poradniach funkcjonują także studenci, podzieleni w sekcje tematyczne, pod opieką koordynatorów, będących zarówno pracownikami uczelni, jak i praktykami funkcjonującymi na rynku prawniczym. W ramach pracy w SPP studenci prowadzą dyżury poświęcone kontaktom z klientami, a także spotykają się na seminariach poświęconych omawianiu prowadzonych spraw, rozwiązywaniu problemów i ustalaniu strategii procesowej.

Najistotniejsza refleksja – studenckie poradnie prawne nie udzielają porad prawnych ustnie oraz telefonicznie; jest to standard wymagany przez wspomnianą wyżej Fundację Uniwersyteckich Poradni Prawnych. Obowiązuje więc bezwzględna zasada pisemności – wszelkiego rodzaju opinie prawne są sporządzane tylko i wyłącznie na piśmie.

W tym miejscu należy przejść do współczesnych problemów, które pojawiają się w ramach codziennego funkcjonowania studenckich poradni prawnych. Wyróżnić można zagadnienia o charakterze finansowym (dostrzegalne zarówno z perspektywy poradni jako podmiotu prowadzącego działalność w oparciu i w ramach określonego, jak i beneficjentów poradnictwa jako osób), instytucjonalno-organizacyjnym (te związane są choćby z funkcjonowaniem finansowanego z budżetu państwa systemu darmowych porad prawnych oraz z niewłączeniem studenckich poradni prawnych w ramy tego systemu), a także bariery dotarcia do ewentualnych beneficjentów programu

⁷ A. Sitkowska, A.D. Śledziwski, *Studencka Poradnia Prawna Pracownia Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku a funkcjonowanie jej sekretariatu*, *Klinika* 2011, Nr 10 (14), s. 5.

darmowych porad prawnych (na tym tle jako paląca jawi się np. kwestia tzw. wykluczenia cyfrowego, pozostająca poza zakresem tematycznym niniejszego tekstu).

Autorzy w dalszej części artykułu prawną skupić się na najistotniejszych, z punktu widzenia codziennej praktyki studenckich poradni, barierach prawnych, ograniczających możliwość działania i skuteczność studenckich poradni prawnych.

2. Bariery prawne

Warto zaproponować podział prawnych barier działalności studenckich poradni prawnych na bariery proceduralne (związane ze sposobem ukształtowania postępowań sądowych) oraz bariery instytucjonalne. Zagadnienia prawa materialnego (innego niż to regulujące istnienie i żywot samych poradni, czyli szeroko rzecz ujmując zagadnienia np. prawa cywilnego czy karnego) potraktować tutaj można jako zastane i, jako będące zasadniczym przedmiotem działalności w zakresie poradnictwa, niewpływające bezpośrednio na sposób funkcjonowania takich poradni.

Bariery proceduralne w przeważającej mierze związane są i oscylują wokół kwestii pozycji procesowej studentów – pracowników studenckich poradni, a także braku prawnej ochrony sytuacji procesowej takich studentów, nade wszystko braku ochrony relacji z klientem. Bariery instytucjonalne z kolei związane są ze sposobem ukształtowania pozycji uniwersyteckich klinik w systemie prawa i organów ochrony prawa, a także, w ujęciu szerszym, przepisami regulującymi podejmowanie i prowadzenie działalności polegającej na świadczeniu pomocy prawnej⁸. Szczególnie aktualne zagadnienie to stało się w kontekście niedawnej regulacji – ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r. o nieodpłatnej pomocy prawnej oraz edukacji prawnej⁹, która nie tylko oparła się na pominięciu w niej studenckich poradni prawnych, ale wręcz przyczyniła się do pogorszenia ich pozycji w systemie poradnictwa prawnego i obywatelskiego w Polsce. Tematyka ta, jakkolwiek ciekawa i z pewnością godna odrębnego opracowania, pozostaje jednak poza zakresem niniejszego artykułu.

2.1. Bariery proceduralne

2.1.1. Problematyka pełnomocnictwa procesowego dla studenta poradni

Rozważania w przedmiocie barier proceduralnych należy rozpocząć od konstatacji tyle oczywistej, co kluczowej dla pozycji i możliwości procesowych uniwersyteckich klinik i ich studentów w postępowaniach w Polsce. Studenci uniwersyteckich poradni prawnych nie mogą występować w postępowaniach sądowych w charakterze przedstawicieli stron – nie przysługuje im możliwość występowania w charakterze pełnomocnika procesowego ogólnego, jak i przedstawiciela do co niektórych czynności. Przykładem odmiennej regulacji jest procedura administracyjna, dopuszczająca do ustanowienia pełnomocnikiem dowolnej osoby fizycznej posiadającej zdolność

⁸ Tak też J. Pisuliński [w:] *Studencka Poradnia Prawna. Idea, organizacja, metodologia*, red. D. Łomowski, Warszawa 2005, s. 58.

⁹ Dz.U. 2015 poz. 1255 ze zm.

do czynności prawnych (art. 33 § 1 k.p.a.¹⁰). Swoisty wyjątek stanowi procedura karna wykonawcza, przewidująca instytucję przedstawiciela skazanego (art. 42 k.k.w.¹¹), który korzysta z ograniczonych uprawnień do składania w imieniu i wyłącznie w interesie skazanego wniosków, skarg lub prośb do właściwych organów oraz instytucji, stowarzyszeń, fundacji, organizacji, kościołów i innych związków wyznaniowych, poza tym jednak może zostać dopuszczony do udziału w postępowaniu przed sądem – choć, jak wyjaśniono w orzecznictwie, w zakresie zawężonym w zasadzie do obecności na posiedzeniu¹².

Jeżeli chodzi o uprawnienie do obrony w procedurze karnej, to zastrzeżone ono zostało dla adwokatów oraz, od dnia 1 lipca 2015 r., także dla radców prawnych (art. 82 k.p.k.¹³ w zw. z art. 65–69 prawa o adwokaturze¹⁴ oraz w zw. z art. 24 ustawy o radcach prawnych¹⁵). Podobnie rzecz ma się jeżeli chodzi o pełnomocników w procesie karnym, reprezentujących interesy stron innych niż oskarżony (art. 87 § 1 k.p.k.). Reguły te znajdują zastosowanie zarówno do obrońców i pełnomocników ustanawianych z urzędu, jak i z wyboru. Analogicznie zagadnienie to zostało uregulowane w postępowaniu w sprawach wykroczeń¹⁶. Zasady te oznaczają w sposób oczywisty, że możliwość działania studentów świadczących pomoc prawną w ramach studenckich poradni prawnych w procesie karnym w charakterze obrońców lub pełnomocników jest wyłączona. Trzeba jednak zaznaczyć, że, jak się wydaje, akurat w ramach regulacji procesu karnego zagadnienie uprawnienia reprezentacji stron wyłącznie do podmiotów profesjonalnych wydaje się najmniej kontrowersyjne, a to z uwagi na powagę i zakres potencjalnych konsekwencji dla osoby reprezentowanej. Z drugiej jednak strony, takie twierdzenia odnosić się powinny najbardziej do instytucji obrońcy, mniej zaś do pełnomocnika w procesie karnym, do którego z powodzeniem odnieść można by część uwag, które zostaną poczynione wobec instytucji pełnomocnika w procesie cywilnym.

¹⁰ Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jednolity: Dz.U. 2017 poz. 1257).

¹¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (tekst jednolity: Dz.U. 2017 poz. 665 ze zm.).

¹² Tak Sąd Apelacyjny w Krakowie, II Wydział Karny, w postanowieniu z dnia 9 marca 2012 r., sygn. akt: II AKz 126/12, *Krakowskie Zeszyty Sądowe* 2012, nr 1, poz. 30.

¹³ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (tekst jednolity: Dz.U. 2016 poz. 1749 ze zm.).

¹⁴ Ustawa z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze (tekst jednolity: Dz.U. 2016 poz. 1999 ze zm., dalej jako: „pr.adw”).

¹⁵ Ustawa z dnia z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (tekst jednolity: Dz.U. 2016 poz. 233, dalej jako: „u.o.r.pr”).

¹⁶ Art. 24 ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia (tekst jednolity: Dz.U. 2016 poz. 1713 ze zm., dalej jako: „k.p.w.”). Warto w tym miejscu zauważyć, że poprzednio obowiązujący kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia (z dnia 20 maja 1971 r., Dz.U. nr 12 poz. 116 ze zm.) przewidywał w swoim art. 30, że obrońcą, poza osobą uprawnioną od obrony według przepisów ustawy o ustroju adwokatury, mogła być także inna osoba godna zaufania i dopuszczona przez przewodniczącego kolegium lub składu orzekającego – jak się wydaje, istniała zatem możliwość, by do obrony dopuszczono studenta kliniki prawa.

Podobnie wąski, jak w przypadku postępowania cywilnego, katalog możliwych pełnomocników procesowych przewiduje procedura sądownoadministracyjna¹⁷, w której pełnomocnikiem strony może być adwokat lub radca prawny, a ponadto inny skarżący lub uczestnik postępowania, jak również małżonek, rodzeństwo, wstępni lub zstępni strony oraz osoby pozostające ze stroną w stosunku przysposobienia, a także inne osoby, jeżeli przewidują to przepisy szczególne.

Swoje obserwacje i wnioski *de lege ferenda* autorzy pragną poczynić jednak przede wszystkim w odniesieniu do regulacji pełnomocnictwa w postępowaniu cywilnym. Niewątpliwie kwestia liberalizacji podmiotowych ograniczeń w zakresie przedstawicielstwa procesowego w postępowaniu cywilnym zdaje się mniej kontrowersyjna aniżeli obrona w procesie karnym. Postępowanie cywilne rządzi się zasadą dyspozycyjności (rozporządzalności), zgodnie z którą strona może swobodnie dysponować swoimi prawami, do ich zrzeczenia się włącznie, a która jest powszechnie uważana za jedną z kluczowych zasad określających kształt regulacji tego postępowania¹⁸. W procesie cywilnym krąg podmiotów mogących pełnić rolę pełnomocników procesowych reguluje wyczerpująco¹⁹ art. 87 k.p.c.²⁰, w relewantnym z punktu widzenia niniejszego tekstu zakresie – w § 1 tego przepisu. Jakkolwiek bowiem w teorii niewykluczone jest prowadzenie przez studenckie poradnie prawne spraw osób prawnych – w szczególności stowarzyszeń, fundacji bądź wyjątkowo spółdzielni funkcjonujących w ramach trzeciego sektora, to jednak już obsługa przedsiębiorców jest zjawiskiem w zasadzie nieistniejącym.

Analizowany przepis przewiduje zasadniczo monopol jeśli chodzi o pozycję pełnomocnika procesowego dla adwokatów i radców prawnych, z kilkoma wyjątkami: szerszym dla osób bliskich w stosunku do strony (art. 87 § 1 k.p.c. *in fine*)²¹ oraz węższymi wyjątkami dla wyspecjalizowanych zawodów prawniczych (rzecznik patentowy lub doradca restrukturyzacyjny) w sprawach z zakresu ich specjalizacji, osób sprawujących zarząd majątkiem lub interesami strony, osób pozostających ze stroną w stałym stosunku zlecenia obejmującego zakresem przedmiot danej sprawy, a także współuczestników sporu. Próżno w tym katalogu szukać stosunku odpowiadającego temu, jaki nawiązuje się pomiędzy adeptami studenckich poradni prawnych a ich klientami. Potwierdza to niesporną w sumie tezę, że studenci pracujący w klinikach prawa nie mogą pełnić funkcji pełnomocników procesowych w postępowaniu cywilnym. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, udzielenie pełnomocnictwa osobie nieposiadającej cech

¹⁷ Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (tekst jednolity: Dz.U. 2016 poz. 718 ze zm.).

¹⁸ Tak np. J. Gudowski, *O kilku naczelnych zasadach procesu cywilnego – wczoraj, dziś, jutro* [w:] *Prawo prywatne czasu przemian. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Stanisławowi Sołtysińskiemu*, red. A. Nowicka, Poznań 2005.

¹⁹ Tak np.: I. Gil [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. E. Marszałkowska-Krześ, Legalis/el. 2017, komentarz do art. 87 k.p.c., teza 1; A. Zieliński [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. A. Zieliński, Legalis/el. 2017, komentarz do art. 87 k.p.c., teza 2.

²⁰ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jednolity: Dz.U. 2016 poz. 1822 ze zm.).

²¹ Po ostatecznym ukształtowaniu treści analizowanego przepisu są nimi: małżonek, rodzeństwo, zstępni lub wstępni oraz osoby pozostające ze stroną w stosunku przysposobienia.

wymaganych przez analizowany przepis traktowany jest jako brak należytego umocowania²², skutkujący nieważnością postępowania (art. 379 pkt 2 k.p.c.). Uchybienie to nie może być sanowane w drodze zatwierdzenia przez stronę czynności zdziałanych przez osobę działającą jako rzekomy pełnomocnik²³. Sąd Najwyższy przyjął także, że pisma wniesione przez osoby, które nie są pełnomocnikami procesowymi, nie mogą być uważane za pochodzące od strony²⁴.

Trzeba nadto zaznaczyć, że kodeks postępowania cywilnego nie zna innej formy przedstawicielstwa procesowego z wyboru aniżeli to wynikające z pełnomocnictwa procesowego. Treść zaś pełnomocnictwa jest zdeterminowana przepisami k.p.c., z ustawowym wyjątkiem w postaci możliwości wyłączenia z zakresu umocowania pełnomocnika procesowego dokonywania tzw. czynności dyspozycyjnych (art. 91 pkt 4 k.p.c.)²⁵.

Jednocześnie nie powinno umknąć uwadze, że specyfiką studenckich poradni prawnych, na tle innych instytucji funkcjonujących w systemie poradnictwa prawnego i obywatelskiego, jest to, że nie unikają one przyjmowania spraw, które w sposób logiczny i praktyczny powinny trafić do postępowania cywilnego. Wskutek tego, w świetle opisanych wyżej ograniczeń procesowych, studentom klinik uniwersyteckich nieraz przychodzi pomagać klientom w sprawach, w których studenci mogą jedynie sporządzać pisma procesowe, w tym pozew lub środki zaskarżenia. W pozostałym zakresie klient poradni jako strona jest skazany na samodzielne występowanie przed sądem. Student prowadzący sprawę ograniczyć się może do obecności na rozprawie – na miejscach zarezerwowanych dla publiczności²⁶.

Możliwość przynajmniej ograniczonego występowania obok i w imieniu klientów wydawałaby się mieć niebagatelne znaczenie dla praktyki klinik prawa, wyrażające się w co najmniej dwóch aspektach. Po pierwsze, wskazać tutaj należy na szczególne cechy klienteli poradni uniwersyteckich. Z przyczyn niewymagających chyba tłumaczenia stanowią ją w największej mierze ludzie starsi, schorowani, często nieporadni życiowo, nieposiadający doświadczenia sądowego i obycia w prezentowaniu swoich racji. Wziąć pod uwagę trzeba też czynnik w postaci występowania pod wpływem stresu: klienci są bardzo często skrajnie zdenerwowani sytuacją, onieśmieleni powagą sądu i przejęci konsekwencjami. Po drugie, nie będzie przesadą stwierdzenie, że, przynajmniej w praktyce Studenckiej Poradni Prawnej Uniwersytetu Jagiellońskiego, klienci zwracają się o pomoc w sprawach nierzadko skomplikowanych, takich, w których pełnomocnicy zawodowi z przyczyn ekonomicznych bądź prakseologicznych nie są chętni do świadczenia pomocy prawnej.

²² Uchwała Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 28 lipca 2004 r., sygn. III CZP 32/04.

²³ Sąd Najwyższy – Izba Cywilna w cytowanej wyżej uchwale, a także m.in. Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 7 lutego 2006 r., sygn. III AUa 912/05.

²⁴ Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 28 lutego 2002 r., sygn. III CZ 11/02.

²⁵ Inne ograniczenia niż dopuszczalne w świetle art. 91 pkt. 4 k.p.c. będą uznane za bezskuteczne, nawet w razie ich wskazania w treści pełnomocnictwa – tak np. M. Malczyk [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Tom I. Komentarz. Art. 1–729*, red. A. Góra-Błaszczkowska, Legalis/el. 2015, komentarz do art. 91 k.p.c., teza 3.

²⁶ Na ogólnych zasadach ujętych w art. 152 k.p.c.

Do nader częstych, nad czym wypada ubolewać, przypadków należy, że klienci klinik, postawieni samodzielnie i bez pomocy przed obliczem sądu, potrafią składać oświadczenia i wyrażać stanowiska nietrafne bądź szkodliwe dla nich samych. Mniejszym problemem jest, jeśli wypowiedzi klientów są poczynione nie na temat, „obok” sprawy. W praktyce autorów zdarzyło się jednak, że klienci zaprzeczali kluczowym stanowiskom wyrażonym wcześniej w pismach przygotowywanych przez poradnię – stanowiskom nie tylko z zakresu prawnej przygotowanej prawnej argumentacji, ale też samym twierdzeniom co do stanu faktycznego sprawy. Dobitnie wskazuje to, że klienci poradni skorzystaliby na możliwości prezentowania ich stanowiska i przemawiania w ich imieniu przed sądem przez studentów – ściągnęłoby to bowiem z nich ciężar, którego nierzadko nie są w stanie unieść. Nie do przecenienia wydaje się także psychologiczne znaczenie obecności studenta, występującego w roli zbliżonej do roli adwokata, jako oparcia i pomocy dla klienta.

Zauważyć także należy, że studenckie poradnie prawne intensywnie wykorzystują opisane wyżej możliwości procesowe, które oferują im kodeks postępowania administracyjnego oraz kodeks karny wykonawczy. Przykład macierzystej poradni autorów wskazuje na silną predylekcję do przyjmowania licznych spraw administracyjnych oraz karnych wykonawczych. Sprawy te zaś nie rzadziej niż inne kończą się sukcesami poradni – tak z punktu widzenia interesów klienta, jak i korzyści edukacyjnych dla studenta prowadzącego sprawę. Świadczy to, w ocenie autorów, o dwóch kwestiach: po pierwsze, poradnie nie boją się i nie unikają przyjmowania przez studentów roli przedstawicieli procesowych. Po drugie: przy prowadzeniu takich spraw, studenci poradni nie popełniają niedopuszczalnie częstych błędów i nie stwarzają substancjalnego ryzyka dla swoich klientów. Nie bez znaczenia jest tutaj zapewne ścisły nadzór naukowych opiekunów poradni, nie wpływa to jednak negatywnie na prawdziwość tezy.

Obok działania w charakterze pełnomocników w postępowaniu administracyjnym oraz przedstawicieli skazanego w postępowaniu karnym wykonawczym, studenci studenckich poradni prawnych aktywnie podejmują czynności w roli kuratorów procesowych wyznaczanych przez sądy w różnego rodzaju postępowaniach. Najczęściej są to przypadki procesowej kurateli dla osób nieznanych z miejsca pobytu w różnego rodzaju sprawach, w tym w cywilnych sprawach o zapłatę.

Można zatem zaryzykować tezę, że gdyby taka możliwość istniała, kliniki równie często zezwalałyby swoim studentom na pełnienie funkcji przedstawicieli także w innych sprawach, z konsekwencjami wcale nie gorszymi. Sposób ukształtowania funkcjonowania poradni, z uwzględnieniem stałej, regularnej, wnikliwej kontroli działalności studentów przez koordynatorów oraz bieżącej pomocy udzielanej studentom przez asystentów koordynatorów, pozwala w naszej ocenie w pełnym zakresie na zachowanie standardów maksymalnej staranności, oczekiwanych od zawodowego prawnika występującego w procesie w imieniu swojego klienta. Ewentualne ryzyko popełnienia błędów procesowych oczywiście istnieje, jednak wspomniany sposób ukształtowania pracy poradni i, osiągany dzięki rzetelnie prowadzonej odsiewowi studentów przy rekrutacji, wysoki poziom merytoryczny studentów oddających klinikom swój czas (w naszej ocenie nierzadko przewyższających, nawet z uwzględnieniem przewagi wieku

i wykształcenia po stronie tych drugich, poziom wykazywany przez aplikantów korporacyjnych) pozwala na znaczącą minimalizację tego ryzyka – w zasadzie do poziomu niekontrowersyjnie tolerowanego w polskim systemie prawnym przy samodzielnym funkcjonowaniu w ramach czynności procesowych aplikantów korporacyjnych.

Istnieją regulacje proceduralne państw szeroko pojmowanego zachodniego porządku prawnego, które przewidują szczególne uprawnienia procesowe dla studentów pracujących w tamtejszych klinikach prawnych. Sztandarowym przykładem jest regulacja znana z amerykańskiego stanu Luizjana. Reguła XX Regulaminu tamtejszego Sądu Najwyższego²⁷ od 1999 r. przewiduje możliwość występowania przed wszystkimi sądami i trybunałami (odpowiednik wyspecjalizowanych sądów ds. administracyjnych itp.) studentów pracujących w klinikach prawnych prowadzonych przez uniwersytety, za spełnieniem kilku wymogów. Sprawa musi być prowadzona w ramach programu klinicznego, uwzględniającego nadzór nad jej prowadzeniem przez uniwersytet, wybrana indywidualnie w ramach naboru kontrolowanego i przeprowadzonego przez uniwersytecki wydział prawa, zaś wystąpienie studenta w danej sprawie przed sądem musi zostać poparte uprzednią pisemną zgodą mocodawcy-klienta oraz pisemną zgodą osoby nadzorującej prowadzenie sprawy.

Ideą studenckich poradni prawnych jest jednak, co także należy mieć na uwadze, że swoje sprawy sądowe zasadniczo prowadzą klienci, oni zajmują się korespondencją z sądem i to oni podpisują wszelkie twierdzenia i oświadczenia procesowe. Z tej koncepcji wynika chociażby to, że kliniki nie pozwalają, pomimo dopuszczalności takiego rozwiązania, na doręczanie korespondencji procesowej na swój adres, pozostawiając to zadanie klientom. Nie chcemy także tracić z pola widzenia pewnej różnicy pomiędzy poradnią, która pomaga prowadzić sprawę, a adwokatem bądź radcą prawnym – którzy tę sprawę dla swojego klienta prowadzą.

Celowo we wcześniejszej części tekstu autorzy unikali posługiwania się pojęciem „pełnomocnik procesowy” w odniesieniu do studentów klinik uniwersyteckich. Autorzy są bowiem zwolennikami, i taki postulat *de lege ferenda* chcieliby wysunąć, przyznania studentom uniwersyteckich poradni prawnych uprawnienia do występowania w imieniu i w towarzystwie klientów na rozprawach, prezentowania ich stanowisk i przedstawiania argumentacji prawnej w ich imieniu. Z góry z zakresu z takiego umocowania należałoby oczywiście wyłączyć uprawnienie do dokonywania czynności dyspozycyjnych. Wyłączenie dotyczyłoby także możliwości składania przez studentów, jako przedstawicieli procesowych *sui generis*, pism procesowych w imieniu stron. W tej mierze klienci zachowaliby wyłączność, utrzymującą w ich rękach kontrolę nad pisemnymi stanowiskami przedstawianymi w procesie. Autorzy są nadto przekonani, że możliwość występowania studentów klinik prawa w procedurach sądowych należałoby obwarować wymogami podobnymi jak przewidziane przez stanowego ustawodawcę w Luizjanie. Przesłankami, które musiałby zatem przewidywać relewantny przepis kodeksu postępowania cywilnego, byłyby: sprawowanie nadzoru nad prowadzeniem danej sprawy przez uniwersytet (studencką poradnię prawną), wyraźne pisemne upoważnienie

²⁷ <http://www.lasc.org/rules/supreme/RuleXX.asp>, 18.07.2017.

od klienta, wyrażającego zgodę na reprezentowanie go w zakresie posiedzenia sądowego przez studenta oraz wyraźna pisemna zgoda koordynatora kliniki, jako osoby sprawującej merytoryczny nadzór nad praktyką danego studenta, na wystąpienie tego studenta w charakterze przedstawiciela procesowego.

Tym, którzy kwestionowaliby sensowność takiego rozwiązania, przedstawić można kontrargument odnoszący się do kwestii już wyżej podniesionej – nieporadności i kłopotów klientów klinik prawa w trakcie posiedzeń sądowych. Tam, gdzie stanowiska pisemne przygotowuje dla klienta i sufluje mu argumentację studencka poradnia prawna, klient zachowuje możliwość zapoznania się z pismem, jego spokojnej lektury, weryfikacji i krytycznego odniesienia się. Taka sytuacja ma miejsce obecnie, a prowadzona w taki sposób współpraca układa się sprawnie, zaś pomiędzy pomocniczą rolą poradni a ośrodkową, decyzyjną rolą samej strony, nie występują napięcia. Poradnia, jak i klient, mogą weryfikować się nawzajem i pilnować przed, przykładowo, przedstawieniem w piśmie procesowym nieścisłych informacji co do stanu faktycznego (tu: klient w odniesieniu do poradni) bądź przed przyjęciem stanowisk niekorzystnych bądź prawnie ryzykownych (tu: poradnia w odniesieniu do klienta). Zauważalny problem zaczyna pojawiać się na etapie wystąpienia przed sądem, gdy swoimi nieprzemyślanymi wypowiedziami, nieskonsultowanymi wcześniej z poradnią, stojącymi w sprzeczności z dotychczasowym stanowiskiem, klient może sam wyrządzić sobie znaczącą krzywdę. Temu zaradzić miałyby przedstawiona wyżej koncepcja szczególnego przedstawicielstwa w zakresie rozpraw.

Ewentualnym krytykom nawet takiej wąskiej koncepcji szczególnego przedstawicielstwa procesowego, którzy np. mogliby wskazywać na istotną różnicę wynikającą z faktu, że nad aplikantem pieczę sprawuje patron, bądź zatrudniający go inny praktyk, zaś pisma przez niego sporządzone również są sprawdzane przez „pełnoprawnego” adwokata, bądź radcę prawnego, odpowiadamy, że współpraca studentów z koordynatorami sekcji w klinikach jest na pewno co najmniej równie ścisła, jak współpraca aplikanta z patronem. Co więcej, należy zwrócić uwagę, że aplikanci adwokaccy (art. 77 ust. 5 pr.adw.) oraz radcowscy (art. 35¹ ust. 4 u.o.r.pr.) mogą sporządzać i podpisywać pisma procesowe związane z występowaniem adwokata bądź radcy prawnego przed sądami, organami ścigania i organami państwowymi, samorządowymi i innymi instytucjami – z wyłączeniem apelacji, skargi kasacyjnej i skargi konstytucyjnej. Jest to ewidentnie wyraz systemowej zgody ustawodawcy na przyznanie aplikantom korporacyjnym daleko idących możliwości, które, co więcej, mogą oni sami realizować – bez kontroli nadzorujących prawników.

W tym stanie rzeczy autorzy są zdania, że koncepcja szczególnego, wąskiego przedstawicielstwa procesowego przedstawiona powyżej, ich zdaniem celowa i uzasadniona z punktu widzenia praktycznych potrzeb studenckich poradni prawnych, nie stanowi zagrożenia dla prawnych interesów klientów tych poradni (którzy wyrażaliby zgodę na wystąpienie studenta jako ich przedstawiciela). Poprzez poddanie mieszczących się w ramach tego przedstawicielstwa działań, podobnie jak wszelkiej innej aktywności studenta pracującego w klinikach prawa, nadzorowi koordynatorów i pomocy asystentów, takie ukształtowanie wspomnianego przedstawicielstwa nie tylko wydaje się

gwarantować bezpieczeństwo uprawnień klientów, ale także spełniać istotny kliniczny cel edukacyjny. Przede wszystkim jednak, jak autorzy sądzą, udało się ukazać, że koncepcja taka nie jest niezgodna z aksjologią polskiego systemu prawa, nade wszystko korespondując z zakresem swobody procesowej przyznanym stronie postępowania cywilnego oraz nawiązując do pozycji procesowej aplikantów zawodów prawniczych.

2.1.2. Dostęp do akt

Katalog podmiotów uprawnionych do dostępu do akt postępowania jest określony w ustawach procesowych. W postępowaniu cywilnym, zgodnie z art. 9 § 1 zd. 2 k.p.c., przeglądać akta sprawy oraz otrzymywać z nich odpisy, kopie bądź wyciągi mają prawo jedynie strony i uczestnicy postępowania. Na kwestie te nakładają się regulacje Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości – Regulaminu urzędowania sądów powszechnych z dnia 23 grudnia 2015 r.²⁸, który stanowi w § 103, iż udostępnienie akt i zawartych w nich dokumentów w celu przejrzenia lub samodzielnego utrwalenia ich obrazu a stronie lub uczestnikowi postępowania nieprocesowego może nastąpić po wykazaniu przez nich tożsamości, a co do innych osób – po wykazaniu ponadto istnienia uprawnienia wynikającego z przepisów prawa. Jednoznacznie z brzmienia tej normy wynika, że studenci klinik uniwersyteckich takiego uprawnienia nie posiadają. Pracownicy czytelnicy akt niektórych sądów²⁹ wykluczają nawet możliwość przeglądania akt przez stronę w towarzystwie dodatkowej osoby (osoby te są często wręcz wypraszane za drzwi). Rozwiązanie takie skutkuje znaczącymi utrudnieniami logistycznymi i praktycznymi dla Poradni. Student nie tylko nie może sam przeglądać akt postępowania, ale nie może ich nawet widzieć w towarzystwie swojego klienta. Skazuje to ich nierzadko na konieczność poniesienia nadprogramowych, zbędnych kosztów kserokopii z akt (ze względu na wiek i poziom zaradności życiowej osób korzystających z pomocy Poradni często wykluczona jest możliwość samodzielnego sporządzania fotografii akt). Jest to także utrudnienie z punktu widzenia wewnątrzporadnianego obowiązku weryfikacji twierdzeń klienta i ograniczonego zaufania doń – etyka poradni, będąca w dużej mierze kopią etyki adwokackiej³⁰, nakazuje zachowywać takie podejście, połączone z oględnością i ostrożnością w formułowaniu sądów. Tymczasem ze względu na ograniczenia w dostępie do akt postępowania, student prowadzący sprawę musi opierać się tylko i wyłącznie na materiale otrzymanym od klienta, co do którego istnieje ryzyko (niekoniecznie celowej) selekcji.

2.1.3. Telefoniczna informacja o stanie sprawy

Aby przedstawić niniejszą tematykę konieczne jest przedstawienie w całości treści § 97 r.u.s.p.³¹

²⁸ Dz.U. 2015 poz. 2316 ze zm., dalej jako: r.u.s.p.

²⁹ Autorzy mają doświadczenie przede wszystkim z sądami apelacji krakowskiej.

³⁰ Zob. szerzej: Obwieszczenie Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej w sprawie ogłoszenia tekstu jednolitego Zbioru Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu (Kodeks Etyki Adwokackiej), K. Adw 2011, Nr 1, poz. 1 ze zm.

³¹ W wersji obowiązującej od dnia 23 grudnia 2015 r., poprzednia regulacja w tym zakresie – z dnia 25 czerwca 2015 r., zawierała w tym zakresie identyczną normę prawną, mianowicie § 89.

1. Pracownicy sądów pod numerami telefonów wskazanymi jako numery kontaktowe udzielają telefonicznie bez ustalania tożsamości osób telefonujących następujących informacji jawnych o toczących się sprawach:

- 1) tożsamy z udostępnianymi na wokandzie sądowej; w sytuacji przewidzianej w § 70 ust. 4 ujawnia się dane przeznaczone do zamieszczenia na wokandzie;
- 2) o terminie i sposobie rozstrzygnięcia sprawy.

2. Udzielenie informacji, o których mowa w ust. 1, następuje po wskazaniu przez osobę telefonującą:

- 1) sygnatury albo
- 2) oznaczenia stron lub co najmniej jednego uczestnika postępowania nieprocesowego i przedmiotu sprawy.

3. Pracownik udzielający informacji powinien przedstawić się osobie telefonującej, podając imię i nazwisko oraz zajmowane stanowisko.

4. Osobie przedstawiającej się jako świadek w danej sprawie udziela się telefonicznie informacji o miejscu i terminie jej przesłuchania, jeżeli skierowano do niej wezwanie do stawienia się.

5. Informacji dotyczących spraw, których akta są jawne i powszechnie dostępne, w szczególności dotyczących spraw rozpoznawanych w wydziałach rejestrowych, udziela się bez potrzeby uzyskiwania danych osobowych.

Dodatkowo – § 70 r.u.s.p. stanowi, że:

1. Wokanda zawiera imiona i nazwiska sędziów, asesorów sądowych oraz ławników, sygnatury akt spraw wyznaczonych do rozpoznania w danym dniu, oznaczenie godzin, na które sprawy wyznaczono, imiona i nazwiska, nazwy lub firmy stron lub uczestników postępowania nieprocesowego. W postępowaniu karnym i w sprawach o wykroczenia podaje się ponadto sygnaturę akt oskarżyciela publicznego.

2. W razie wezwania na posiedzenie lub rozprawę świadków, biegłych i tłumaczy na wokandzie wskazuje się ich imiona i nazwiska wraz z oznaczeniem godziny, na którą są wezwani.

3. W sprawach opiekuńczych osób małoletnich, rozpoznawanych przy drzwiach zamkniętych, nie podaje się na wokandzie danych małoletniego.

4. Z uwagi na ochronę moralności, bezpieczeństwa państwa i porządku publicznego oraz ze względu na ochronę życia prywatnego lub inny ważny interes prywatny, a szczególnie dobro małoletniego pokrzywdzonego przestępstwem, należy odstąpić od podania na wokandzie imion i nazwisk stron lub uczestników postępowania nieprocesowego lub wezwanych osób. W takiej sytuacji podaje się wyłącznie ich inicjały lub nie zamieszcza się żadnych danych identyfikujących te osoby.

Kontrastując te unormowania z poprzednio obowiązującymi regulacjami Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości – Regulaminu urzędowania sądów powszechnych z dnia 23 lutego 2007 r.³² – § 31 stanowił:

1. Kierownik sekretariatu wydziału lub inny upoważniony przez niego pracownik sekretariatu mogą udzielać telefonicznie informacji o sprawie rozpoznawanej w wydziale, po uprzednim podaniu danych osobowych strony lub uczestnika postępowania albo sygnatury akt sprawy.
2. Informacja o firmie przedsiębiorcy będącego stroną postępowania nie podlega ograniczeniom.
3. Przedmiotem informacji udzielanych telefonicznie mogą być w szczególności:
 - 1) sygnatura akt sprawy;
 - 2) terminy posiedzeń i rozpraw;
 - 3) data rozstrzygnięcia, którego dotyczy zapytanie;
 - 4) czynności dotyczące postępowania międzyinstancyjnego.

Rekapitulując powyższe – do chwili wprowadzenia r.u.s.p. z 2015 r. możliwe było uzyskanie telefonicznej informacji o kluczowych – z punktu widzenia strony – informacjach o sprawie; katalog zawarty w rozporządzeniu był w zasadzie nieograniczony, zaś § 31 ust. 3 przewidywał jedynie przykładowe wyliczenie informacji, których w szczególności można udzielić. Obecnie – chcąc pozostać w zgodzie z postanowieniami Rozporządzenia – pracownik sądu udzieli jedynie informacji takich, jakie widnieją na wokandzie oraz informacji o terminie i sposobie rozstrzygnięcia sprawy. Z perspektywy osób korzystających z pomocy Poradni, często zamieszkałych poza miejscowością siedziby sądu, niezwykle istotne są np. informacje tego rodzaju, czy świadkowie bądź strona przeciwna w postępowaniu odebrała zawiadomienie z wezwaniem na termin rozprawy. Od tego może zależeć np. dla schorowanego, ubogiego seniora, ewentualna zasadność stawienia w sądzie. W świetle obecnie obowiązujących regulacji nie ma możliwości udzielenia tego typu informacji w drodze telefonicznej.

2.1.4. Brak tajemnicy zawodowej

Zagadnienie tajemnicy zawodowej adwokatów i radców prawnych uregulowane zostało w tzw. ustawach korporacyjnych (art. 6 pr.adw. i art. 3 u.o.r.pr.) oraz ustawach procesowych – w przypadku ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – k.p.k. jest to zakaz przesłuchiwania, w k.p.c. – uprawnienie do odmowy odpowiedzi na pytania (art. 261 k.p.c.), które w zestawieniu z odpowiednimi przepisami ustaw korporacyjnych skutkuje obowiązkiem każdorazowej odmowy udzielenia odpowiedzi na pytania. Brak jest rzecz jasna analogicznej regulacji odnoszącej się do studentów klinik uniwersyteckich. Również orzecznictwo sądowe nader niechętnie odnosi się do możliwości dokonywania w tej

³² Dz.U. 2014 poz. 259, tekst jedn.

mierze wykładni rozszerzającej *per analogiam* i traktowanie studentów prowadzących sprawę tak jak zawodowych pełnomocników. Tymczasem istnieje szereg argumentów pozwalających na przyjęcie, że powinni oni być traktowani podobnie. Student poradni uniwersyteckiej zna całokształt sprawy, wszelkie jej relewantne okoliczności, ale także pewne towarzyszące, wrażliwe informacje pochodzące od swojego klienta – powierzone mu w zaufaniu i w przekonaniu, że nie zostaną one ujawnione. Wewnętrzne regulaminy poradni obligują studentów do zachowania tajemnicy, zaś regulaminy udzielania pomocy zapewniają klientów o takim obowiązku. Gotowość do zachowania tajemnicy jest jedną z cech badanych u osób chętnych do działalności w ramach Poradni w trakcie rozmów kwalifikacyjnych; należy więc stwierdzić, że również wśród studentów Poradni świadomość istnienia tej tajemnicy, wola jej dochowania, jest wysoka. Brak jednak prawnego instrumentu ochrony tej tajemnicy przed sądami. Student, o którego występowaniu w sprawie poweźmie wiadomość sąd rozpoznający konkretną sprawę, nie ma możliwości uchylenia się od zeznawania w ramach postępowania w charakterze świadka. Zdarzało się w praktyce Poradni, że student towarzyszący klientowi przy rozprawie był spontanicznie wzywany do złożenia zeznań w charakterze świadka. Jakkolwiek studenci są przygotowywani do podnoszenia wszelkiej argumentacji relewantnej w sprawie – opartej na analogii z pozycją pełnomocników zawodowych, ale także konstytucyjnej – to jednak sądy są niechętne do stosowania analogii z wyjątku, a argumentacja konstytucyjna jest dyskusyjna³³. W takiej sytuacji student ma do wyboru albo zeznawać w sprawie, co może wszak prowadzić do zdemolowania pozycji procesowej klienta, zniweczenia obranej przez niego taktyki procesowej i wątpliwości co do możliwości dalszej współpracy.

Z punktu widzenia postulatów *de lege ferenda* byłoby zatem uwzględnienie w ustawach regulujących przebieg procesu istnienia tajemnicy służbowej studentów klinik, w zakresie równym pełnomocnikom procesowym.

2.1.5. Trudności w uzyskaniu zwolnienia od kosztów sądowych

Często, mając na względzie przedstawione powyżej ograniczenia studentów poradni uniwersyteckich jeżeli chodzi o możliwość działania „za” (w imieniu) klienta, w tym zwłaszcza wyłączenie tej możliwości w odniesieniu do reprezentacji na rozprawie, studenci Poradni i ich opiekunowie od początku mają świadomość, że efektywna pomoc klientowi będzie wymagała ustanowienia dla niego pełnomocnika z urzędu. Nie jest celem niniejszego opracowania szczegółowe przedstawienie norm regulujących omawianą problematykę, wspomnieć należy jedynie, że kwestie te są przedmiotem regulacji zarówno k.p.c., jak i ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych³⁴. Dzieje się tak zresztą choćby w przypadku, gdy już wstępna analiza sprawy i ewentualnego dalszego jej rozwoju na etapie postępowania przed sądem pozwala założyć skomplikowane przesłuchania świadków, czy też konieczność przeprowadzenia

³³ Nie jest rzeczą nową, że zagadnienie bezpośredniego stosowania Konstytucji przez sądy budzi wątpliwości zarówno wśród teoretyków, jak i praktyków.

³⁴ Dz.U. 2016 poz. 623, tekst jedn. ze zm.

dowodu z opinii biegłego. W innych wypadkach znowuż to sam klient w największym stopniu naciska na zaopiniowanie jego problemu i pomoc w ustanowieniu pełnomocnika z urzędu. Wówczas aktualizuje się problem wynikający nie tyle z przepisu, ale z tendencji orzeczniczych sądów. Problemem tym jest wnioskowanie przez sądy z poziomu sporządzonego przez studentów poradni pisma (co do zasady relatywnie wysokiego) o zdolności strony – klienta – do poradenia sobie w procesie. Dzieje się tak mimo częstego zastrzegania w pismach przygotowywanych dla klientów, jednocześnie z wnioskiem o zwolnienie od kosztów i ustanowienie pełnomocnika, że pismo zostało przygotowane przez studenta kliniki i jego merytoryczny poziom i sprawność procesowa nie powinny być argumentami za nieprzyznaniem klientowi pełnomocnika z urzędu. Niestety, nierzadko tego typu argumentacja nie znajduje uznania w oczach sądów.

2.2. Bariery instytucjonalne

W ramach codziennego funkcjonowania studenckich poradni prawnych łatwo dostrzegalne są te bariery, które mają charakter finansowy, majątkowy, a także instytucjonalny. Ze względu na charakter pracy zawodowej autorów (co implikuje skupienie się na barierach prawnych), ograniczone ramy niniejszego artykułu, zostaną one jedynie w tym miejscu zasygnalizowane.

Zaczynając od barier majątkowych – działalność studenckich poradni prawnych finansowana jest przez dotacje Fundacji Uniwersyteckich Poradni Prawnych a także bezpośrednio ze środków uczelnianych (jak już zostało wspomniane, są one co do zasady jednostkami organizacyjnymi szkół wyższych). Klinikom prawa brakuje środków na niezbędne wydatki. Istnieją poważne, wciąż niezrealizowane potrzeby jeśli chodzi o sprzęt komputerowy, czy też *stricte* biurowy. Brakuje również możliwości finansowania wyjazdów – zarówno tych charakterze naukowym, edukacyjnym – chociażby na odbywające się konferencje i seminaria naukowe, organizowane przez Fundację Uniwersyteckich Poradni Prawnych, jak i merytorycznym (typu towarzyszenie klientom poradni w sądach położonych daleko od ich miejsca zamieszkania). Odczuwalny jest także niedostatek publikacji naukowych i zawodowych; wydawnictwa są niechętne do pomocy *pro bono*, ich wszelkie działania w tym zakresie bardziej ukierunkowane są na wykorzystywanie poradni do własnych celów marketingowych.

Nie sposób pominąć również barier instytucjonalnych. Nie jest tajemnicą, że do niedawna poradnictwo prawne i obywatelskie funkcjonowało w próżni legislacyjnej. Studenckie poradnie prawne tkwią w niej nadal, jakkolwiek są podejmowane pewne inicjatywy mające na celu zmienienie tego stanu rzeczy³⁵. Na dzisiaj jednak studenckie poradnie prawne nie otrzymują należytego wsparcia systemowego. Zauważalny jest

³⁵ Niezwykle cenną z tego punktu widzenia jest aktywność Rzecznika Praw Obywatelskich, który wystąpił do Prezydenta RP o zainicjowanie procedury legislacyjnej „dopełniającej” system bezpłatnego poradnictwa prawnego m.in. przez włączenie do niego uniwersyteckich klinik prawa; zob. <http://www.rp.pl/Bezpłatna-pomoc-prawna/307079907-Bodnar-pisze-do-Dudy-ws-nieodpłatnej-pomocy-prawnej.html>, 18.07.2017; tekst wystąpienia dostępny pod następującym adresem: <https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Wyst%C4%85pienie%20do%20Prezydenta%20RP%20w%20sprawie%20nieodp%C5%82atnej%20pomocy%20prawnej.pdf>, 18.07.2017.

brak ram instytucjonalnych dla działalności poradni. Nie istnieją w zasadzie żadne formy współpracy z administracją bądź też sądownictwem. Osobny problem wiąże się z prawną organizacją szkolnictwa wyższego: nie przewiduje ono bowiem odpowiednich dla poradni form. Poradnie nie odpowiadają charakterystyce katedr (instytutów, zakładów). Jednocześnie jako uczelniane jednostki organizacyjne mają nikłą autonomię w sprawach finansowych i zarządu mieniem powierzonym. Dodatkowo – poradnie nie mogą samodzielnie prowadzić działalności gospodarczej dla sfinansowania swojej działalności, co wynika z ich statusu jako jednostek wewnątrzuczelnianych.

Podsumowanie

Rzeczywistość społeczna, ekonomiczna i prawna podlega coraz większym i szybszym zmianom. Konieczne jest znalezienie odpowiedzi na pytanie, jak w takich warunkach nauczać prawa – czy należy kłaść większy nacisk na kwestie teoretyczne, czy też praktykę jego stosowania; program uniwersyteckich klinik prawa jest niejako „złotym środkiem” między obiema tymi wizjami, dodatkowo realizuje szczytne – z punktu widzenia zasad etyki zawodów prawniczych – idee pomocy prawnej *pro bono*.

Działalność Studenckich Poradni Prawnych jest niebagatelna z punktu widzenia trzech płaszczyzn: zapewnienia usług poradnictwa prawnego osobom, których nie stać na skorzystanie z pomocy profesjonalnego pełnomocnika (są więc w tej mierze częścią większego systemu bezpłatnych porad prawnych, jakkolwiek nie zostało to *explicite* wyrażone w regulującej tę problematykę ustawie), praktycznego kształcenia adeptów zawodów prawniczych oraz integracji środowiska studenckiego, utrwalania więzi społecznych, łączących studentów między sobą oraz z ich *Almae Matris*.

Codzienna praktyka funkcjonowania Poradni napotyka na liczne bariery, które Autorzy starali się pokrótce przedstawić w ramach niniejszego artykułu. Przede wszystkim – bariery prawne – te o charakterze proceduralnym, związane z chociażby z tak prozaicznymi wydawałoby się czynnościami, jak dostęp do akt, możliwość uzyskania telefonicznej informacji o stanie sprawy, a także kwestie już bardziej skomplikowane – problematyka uzyskania zwolnienia od kosztów przez klientów Poradni, normatywnego ukształtowania instytucji pełnomocnictwa procesowego *sui generis* dla studentów poradni. Oprócz barier proceduralnych, zauważalne są te o charakterze instytucjonalno – finansowym, związane z niskimi nakładami podmiotów je prowadzących na ich działalność, niewłączeniem w szersze ramy systemu bezpłatnego poradnictwa prawnego (co mogłoby zapewnić poradniom większe finansowanie).

Z pewnością państwowy system darmowych porad prawnych będzie podlegał pewnym modyfikacjom. Studenckie poradnie prawne, niezależnie od tego, czy ustawodawca zdecyduje się na formalne włączenie ich do tego systemu, z racji swojej działalności stanowią jego istotną część. Wszelkie zmiany normatywne będą miały więc przełożenie na ich codzienne funkcjonowanie; pozostaje tylko apelować do ustawodawcy, aby wziął pod uwagę coraz częściej pojawiające się postulaty zinstytucjonalizowania uniwersyteckich klinik prawa w ramach całego systemu, istotne byłoby również wzięcie pod uwagę wskazywanych postulatów *de lege lata*, co z pewnością

przyczyniłoby się do usprawnienia działalności Poradni, co z kolei miałoby pozytywne konsekwencje dla wszystkich zainteresowanych – beneficjentów porad, studentów, jak i instytucji państwowych.

* * *

Contemporary Issues of Legal Counseling on the Example of the Jagiellonian University Legal Clinic – Issues *de lege lata* and *de lege ferenda*

Legal clinics have, since 20 years, constituted a key element of the legal and civic aid system in Poland. Notwithstanding that, their functioning is not free from difficulties. The present text tries to outline the legal obstacles that legal clinics have to face. Drawing from their experience in the Jagiellonian University's Legal Clinics and applying dogmatic analysis, the authors have depicted the procedural and institutional barriers that impede legal clinics' operation. The authors have analyzed the possibility of allowing law-clinic students to appear and argue in court proceedings as well as barriers that arise from courts' rules of procedure, including the lack of access to case files as well as the heavily restricted extent of information available by telephone. An important barrier was identified as regards the protection of the relationship of trust and confidentiality between a law-clinic student and their client, with respect to the missing legal professional privilege rules. The practical issue of the courts' reluctance to grant court fee exemptions for the clinics' clients has been also discussed. Finally, the institutional barriers have been briefly described. The authors' analyses have been enriched with novel remarks concerning how the law should develop.

Key words: legal clinics, legal counseling, legal barriers, procedural barriers, institutional barriers

mgr Urszula Wach-Górny¹, mgr Witold Górny²

Instytucja *gyoseishido* jako japońska inspiracja dla rozwoju koncepcji alternatywnych form rozwiązywania sporów w prawie administracyjnym

Streszczenie:

Gyoseishido stanowi prawdopodobnie najbardziej rozpoznawalną w światowym dyskursie prawniczym instytucję prawną pochodzącą z krajów Dalekiego Wschodu. Stanowi ono specyficzną dla tamtejszego kręgu kulturowego, swoiście japońską, formę działania administracji publicznej, ukierunkowaną na kształtowanie sytuacji prawnej strony poprzez oddziaływanie na nią narzędziami z pogranicza administracji władczej (*gyosei*) i niewładczej (*shido*). Ta – od wielu lat funkcjonująca z wielkim powodzeniem w realiach Japonii – aktywność administracji publicznej w znakomity sposób koresponduje z – nabierającą coraz większej popularności w krajach cywilizacji zachodniej – koncepcją alternatywnych metod rozwiązywania sporów (ADR) w prawie administracyjnym. Szereg podobieństw łączących oba te moduły działania administracji powoduje, że ich zestawienie oraz porównanie może okazać się niezwykle owocne nie tylko w wymiarze teoretycznym, lecz także w praktyce rozwoju koncepcji ADR w przestrzeni prawa publicznego.

Słowa kluczowe: administracja publiczna, formy działania administracji, alternatywne metody rozwiązywania sporów, kierowanie, doradztwo

¹ Radca prawny, absolwentka kierunków prawo oraz kulturoznawstwo dalekowschodnie na Uniwersytecie Jagiellońskim, autorka publikacji naukowych poświęconych problematyce prawa oraz kultury Japonii.

² Doktorant w Katedrze Prawa Administracyjnego Uniwersytetu Jagiellońskiego, autor publikacji naukowych z zakresu prawa ochrony dóbr kultury, prawa samorządu terytorialnego, prawa sportowego oraz teorii i filozofii prawa.

1. Wstęp

Jednym z podstawowych zjawisk, jakie charakteryzują współczesne kierunki rozwoju prawa publicznego, jest dynamicznie rozwijająca się od połowy lat 90 XX wieku w państwach Europy oraz w Stanach Zjednoczonych koncepcja alternatywnych metod rozwiązywania sporów (ang. *Alternative Dispute Resolution* – ADR) w prawie administracyjnym³. Najprościej ujmując, zjawisko ekspansji metod ADR przejawia się na tej płaszczyźnie w coraz powszechniejszym zastępowaniu tradycyjnych – długotrwałych i dalece sformalizowanych – form postępowania administracyjnych przez nowoczesne – ukształtowane w duchu idei *governance* i administracji responsywnej⁴ – metody alternatywne. Coraz szerzej zajmująca się tą problematyką teoria prawa wyróżnia cały szereg „nazwanych” alternatywnych metod rozwiązywania sporów, które znajdują zastosowanie w prawie administracyjnym. Do najwnikliwiej analizowanych należą w tym kontekście takie techniki jak: negocjacje, mediacja, koncyliacja, czy arbitraż⁵.

W związku z zauważalną jeszcze znaczącą niejednoznacznością siatki pojęciowej dotyczącej omawianej problematyki, już na wstępie niniejszych rozważań należy określić – przyjęty na potrzeby ich prowadzenia – sposób rozumienia pojęcia alternatywnych metod rozwiązywania sporów, przede wszystkim zaś odpowiedzieć na pytanie – czym charakteryzuje się ich „alternatywność”. Posługując się wobec jakiegoś przedmiotu przymiotnikiem „alternatywny”, koniecznym jest, aby odnieść go do innego obiektu, reprezentującego wobec analizowanego przedmiotu cechy zwyczajne, czy tradycyjne. I tak, w przestrzeni prawa publicznego, za tradycyjne rozwiązywanie sporów (koniecznym jest w tym miejscu wskazanie, że już samo przyjęcie istnienia sytuacji spornych w prawie administracyjnym może budzić uzasadnione kontrowersje⁶ – ich bliższe tu omówienie, nie jest jednak możliwe ze względu na ograniczenia objętościowe opracowania) uznaje się jednostronnie kształtujące sytuację prawną strony, rozstrzyganie spraw administracyjnych przy użyciu władztwa państwowego⁷. Na potrzeby niniejszej pracy za alternatywne metody rozwiązywania sporów przyjmuje się więc takie formy działania administracji, które zastępują tradycyjne formy władcze tam, gdzie ze względu na specyfikę danej sprawy, mogłyby one być zastosowane. Nie stanowi więc alternatywnej formy działania administracji publicznej administracja zawiadowcza (tzw. gestia administracyjna), która ze swej istoty nie odwołuje się do argumentu władztwa⁸, jest nią natomiast ugoda administracyjna, ponieważ mimo powszechnego i ugruntowanego już występowania we współczesnych systemach prawa administracyjnego, stanowi ona przejaw niewładczych form działania administracji tam, gdzie ta mogłaby posłużyć się przymusem państwowym.

³ Por. J. Wagner-Kowalska, *Idea mediacji w postępowaniu administracyjnym*, Przegląd Prawa Publicznego 10/2016.

⁴ Por. M. Stępień, *Responsywna administracja publiczna*, s. 7 i nast.

⁵ Por. A. Jakubiak-Mirończuk, *Alternatywne a sądowe rozstrzyganie sporów*, Warszawa 2008, s. 15 i nast.

⁶ Por. J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, s. 49.

⁷ *Ibidem*, s. 34.

⁸ *Ibidem*, s. 34–35.

Dynamiczny rozwój koncepcji ADR w prawie administracyjnym nie znajduje odzwierciedlenia w polskim ustawodawstwie. W postępowaniu administracyjnym i sądownoadministracyjnym elementy ADR są albo mało zaawansowane (ugoda administracyjna) albo – ze względu na rażąco rzadkie stosowanie – fasadowe (mediacja w postępowaniu sądownoadministracyjnym). W obliczu tego stanu rzeczy, jedyną drogą do owocnych badań teoretycznych omawianej problematyki, a co za tym idzie do formułowania postulatów *de lege ferenda* dla polskiego ustawodawcy, jest analiza komparatystyczna rozwiązań stosowanych w tym zakresie w obcych systemach prawnych.

Zaproponowana w niniejszej pracy analiza komparatystyczna japońskiej instytucji *gyoseishido* stanowi próbę zdefiniowania tego zjawiska w sposób obrazowy dla polskiego czytelnika oraz odpowiedzi na pytanie – czy ta tradycyjna (w Japonii bynajmniej nie alternatywna) w japońskich realiach prawno-kulturowych instytucja prawna może stanowić inspirację dla rozwoju koncepcji ADR w polskim prawie administracyjnym. Celem weryfikacji tak stawianej tezy, instytucja *gyoseishido* poddana została zestawieniu ze spojrzeniem właściwym dla polskiego badacza prawa publicznego, posługującego się klasycznymi w jego obrębie kategoriami pojęciowymi i swoistą dlań terminologią. Opisane zestawienie poprzedzone zostało zarysem charakterystycznych cech japońskiego systemu prawnego, kładącym wyraźny nacisk na zasygnalizowanie – już na wstępie rozważań – zasadniczych różnic kultur prawnych, niepozwalających na proste przełożenie zjawisk występujących w Japonii na realia polskie.

2. Japońska kultura prawna

Japoński system prawny stanowi koronny przykład – dogłębnie analizowanego w nauce socjologii prawa – zjawiska recepcji obcych rozwiązań prawnych na rodzimy grunt społeczno-kulturowy⁹. Zapożyczenia obcych rozwiązań normatywnych dokonywały się w historii Japonii kilkakrotnie¹⁰, jednak największe znaczenie dla współczesnego kształtu japońskiego prawa miały recepcje przeprowadzane w dobie przemian społeczno-politycznych, jakie następowały w tym kraju na przełomie XIX i XX wieku. Po okresie separacji od świata zewnętrznego, jaki miał miejsce w Japonii w okresie Edo (1600-1868) w dziejach tego kraju nastąpiła epoka określana w historii, jako rewolucja Meiji (1868-1912), charakteryzująca się otwarciem Japonii na świat, w tym w szczególności, fascynacją społeczeństwa japońskiego kulturą Zachodu. Na płaszczyźnie prawa opisana zmiana nastawienia Japończyków do otaczającego ich świata znalazła wyraz w „nałożeniu” obcych – najczęściej niemieckich i francuskich – instytucji prawnych¹¹ na rozwiązania *stricte* japońskie, wykształcone w toku wielowiekowego rozwoju tamtejszej kultury oraz stosunków społecznych. Dokonanie opisanego zabiegu legislacyjnego spowodowało sytuację, w której przyjęte na japoński grunt obce akty prawne zaczęły

⁹ Por. A. Kociołek-Pęksa, M. Stępień, *Leksykon socjologii prawa*, Warszawa 2013, s. 100 i nast.

¹⁰ Por. L. Leszczyński, *Recepcja prawa z okresu Meiji – podłoże oraz wpływ na japoński porządek prawny*, *Studia Iuridica Lubliniensa* 19/2013, s. 172.

¹¹ T. Kinoshita, *A Comparative Study of Reasonable Expectations and Lost Profits in American and Japanese Law*, *Law in Japan. An Annual* 7/1974, s. 76.

funkcjonować w obrębie zasadniczo od nich różnych – w zakresie genezy kulturowej – tradycyjnych instytucji prawnych, rodząc zaskakujące – często znacząco odmienne od swoich zachodnich wzorców – skutki socjologiczno-prawne.

Funkcjonujące w Japonii przed 1868 rokiem regulacje prawne w pełni odzwierciedlały ducha kultur Dalekiego Wschodu (nie tylko Japonii, ponieważ wskutek – wspomnianych już – wcześniejszych recepcji obcych rozwiązań prawnych, ich geneza częstokroć związana była z – relatywnie bliskimi jej kulturowo – Chinami i Koreą) oraz właściwy dla tamtejszych cywilizacji system aksjologiczny. Jak trafnie zauważa w tym zakresie L. Leszczyński, dziedzictwem tego okresu – znajdującym odzwierciedlenie także i w dzisiejszym kształcie oraz praktyce działania systemu prawa w Japonii – są takie tradycyjne cechy japońskiego systemu funkcjonowania instytucji państwa i prawa, jak jego wyraźne ugruntowanie w doktrynie konfucjańskiej oraz prawie natury, dalece – w stosunku do realiów zachodnich – posunięta centralizacja administracji publicznej, prymat poczucia obowiązku spoczywającego na jednostce nad świadomością przysługującego jej uprawnienia oraz znaczący stopień oparcia systemu stosowania prawa na zwyczajach społecznych, w tym w szczególności na – stanowiącym jedną z ich emanacji – negocjacyjnym trybie wypracowywania rozstrzygnięć¹².

Dokonywane po 1868 roku recepcje obcych rozwiązań prawnych w kolejnych dziedzinach prawa (prawo konstytucyjne, cywilne, karne, handlowe), początkowo czerpiące głównie z pruskiej (niemieckiej) kultury prawnej, następnie zaś – po II wojnie światowej – nawiązujące wyraźnie do rozwiązań amerykańskich, spowodowały, że na płaszczyźnie *stricte* normatywnej współczesny system prawa japońskiego w relatywnie niewielkim stopniu różni się od jego euro-amerykańskich odpowiedników. Znaczące różnice dostrzegalne są jednak na płaszczyźnie procesu stosowania prawa, gdzie podobnie – w sensie normatywnym – uregulowane kwestie, rodzą często znacząco odmienne skutki w procesie kształtowania stosunków społecznych. W efekcie opisanych powyżej zjawisk i procesów historycznych „widoczny jest konglomerat instytucji prawnych, pochodzących z trzech różnych źródeł historycznych, nałożony na tradycyjne wartości i praktyki, interpretowany częściowo z wykorzystaniem kategorii teoretycznych nauki niemieckiej, uzupełniony jednak argumentami wywodzącymi się ze «szkoły anglosaskiej» (amerykańskiej)”. Szczególne miejsce w – ukształtowanym w ten sposób – japońskim systemie prawa odgrywa prawo publiczne, które z jednej strony w najmniejszym stopniu dotknięte zostało zjawiskiem recepcji obcych rozwiązań prawnych, z drugiej zaś – z natury rzeczy leżąc na styku prawa i polityki – w największym stopniu odzwierciedla swoisty dla Japończyków, wynikający z cech społeczeństwa japońskiego, sposób postrzegania relacji na linii państwo – jednostka.

Przyjmując, rozpropagowane na szeroką skalę w naukach społecznych przez G. Hofstede¹³, założenie o istnieniu właściwości charakteryzujących społeczeństwo jako całość, można posilić się na wyróżnienie kilku cech, które opisują społeczeństwo japońskie, obrazując równocześnie wzajemny stosunek Japończyków do siebie oraz

¹² Por. L. Leszczyński, *Gyoseishido w japońskiej kulturze prawnej. Nieformalne działania administracji, a prawo*, Lublin 1996, s. 32–33.

¹³ Por. G. Hofstede, *Kultury i Organizacje*, Warszawa 2000.

stosunek znacznej większości z nich do instytucji państwa. W odniesieniu do pierwszej z zasygnalizowanych relacji – posługując się zaproponowanym przez Hofstede rozróżnieniem na społeczeństwa kolektywistyczne i indywidualistyczne – wydaje się być bezsprzecznym zaliczenie Japończyków do pierwszej z tych kategorii. Jak wskazuje w tym kontekście L. Leszczyński: „w powszechnym mniemaniu obserwatorów życia w Japonii oraz samych Japończyków, obywatel tego państwa jest jednostką «uspołecznioną» w stopniu znacznie wyższym niż to ma miejsce u innych narodów. Uspołecznienie to oznacza niezwykle silną więź jednostki z grupą. (...) Najsilniej odczuwana jest więź z rodziną oraz z grupą pracowniczą. Nie ma natomiast uświadamianej więzi z klasą czy warstwą społeczną”¹⁴. W literaturze powszechnie wskazuje się na historyczne źródło kolektywizmu Japończyków, tkwiące w trudnych warunkach geograficzno-klimatycznych wysp japońskich, których mała zasobność w bogactwa naturalne oraz niedostatek terenów rolniczych od zamierzchłych czasów zmuszał ludność do współdziałania w walce o przetrwanie¹⁵. Jednoznaczna dominacja myślenia grupowego nad kultem jednostki wywołuje w społeczeństwie japońskim szereg implikacji, znajdujących odzwierciedlenie również w – stanowiącej przedmiot analizy w dalszej części niniejszych rozważań – sferze stosunków natury publicznoprawnej.

Ścisła identyfikacja z grupą jako narodem, rodziną, grupą pracowników określonego przedsiębiorstwa, skutkuje u Japończyków istnieniem dwóch fundamentalnych dla określania relacji panujących w obrębie tych grup postaw, a więc poczucia wstydu oraz poszanowania dla hierarchii. Pierwsze z tych zagadnień, w znaczący sposób różniące się swym wydźwiękiem od „europejskiego” pojmowania pojęcia wstydu, w niezwykle wymierny sposób determinuje relacje interpersonalne między członkami grup współtworzących społeczeństwo japońskie. Wybitna amerykańska antropolog i badaczka kultury japońskiej R. Benedict opisując społeczeństwo japońskie wskazała, iż: „o ile kultura zachodnia (chrześcijańska) może być nazywana kulturą grzechu, o tyle japońska – kulturą wstydu”¹⁶. Jak wyjaśnia w tym kontekście L. Leszczyński, unikanie wstydu w rozumieniu Japończyków, oznacza podejmowanie działań minimalizujących ryzyko „budzenia swoim zachowaniem zainteresowania, a następnie możliwej krytyki ze strony innych”. Najbardziej komfortową dla Japończyka sytuacją społeczną jest więc wtopienie się w grupę w takim stopniu, aby stać się niezauważalnym, a co za tym idzie, nienarażonym na ocenę i krytykę ze strony innych osób. Ów – tak odmienny od nastawienia przedstawicieli społeczeństw zachodnich – brak woli wyeksponowania społecznego – w pełni koresponduje z drugą z wyróżnionych już cech społeczeństwa japońskiego, jaką jest, reprezentowane przez znaczną większość jego członków, poszanowanie dla obowiązujących systemów hierarchicznych. Ogół grup współtworzących japońskie społeczeństwo oparty jest o przejrzysty podział ról oraz wartościowanie wyższej lub niższej pozycji w odnoszącej się do nich hierarchii. Począwszy od – reprezentującej wyrażnie patrymonialny model funkcjonowania – rodziny (obowiązujący

¹⁴ L. Leszczyński, *Japonia. Kontynuacje i negacje*, Lublin 1994, s. 33.

¹⁵ Por. S. Isono, F. Isono, *The family system of Japan. Its Ideological Background and Ethics*, Japan Annual Law and Politics 9/1961.

¹⁶ R. Benedict, *Chryzantema i miecz. Wzory kultury japońskiej*, Warszawa 2003.

nadal, mimo powolnych, acz zauważalnych zmian w tym zakresie podział ról społecznych przypisywanych obu płciom daje podstawy do zakwalifikowania Japończyków, jako społeczeństwa męskiego w ujęciu zaproponowanym przez G. Hofstede), kończąc na państwie – jako ogóle zhierarchizowanych instytucji publicznych – społeczeństwo japońskie opiera się na relacjach o charakterze wertykalnym¹⁷, współtworzonym przez poczucie lojalności ze strony podmiotów zajmujących w opisanych układach niższe pozycje społeczne z jednej strony oraz paternalizm podmiotów uprzywilejowanych z drugiej¹⁸ (odnosząc to do kategorii pojęciowych zaproponowanych przez G. Hofstede, opisana cecha powszechnego poszanowania dla hierarchii, daje podstawy do uznania społeczeństwa japońskiego za posiadające znaczny stopień dystansu do władzy).

Zasygnalizowane powyżej – dalece odmienne od realiów świata zachodniego – uwarunkowania kulturowe oddziałujące na proces stosowania prawa w Japonii, z jednej strony powodują – wspomniane już powyżej – zjawisko odmienności praktyki funkcjonowania recypowanych do Japonii instytucji prawnych od ich zachodnich wzorców lub odpowiedników, z drugiej zaś, stanowią istotny czynnik oddziałujący na wykształcenie się na gruncie prawa japońskiego instytucji prawnych, które – mimo nadal aktualnej, dominującej roli prawa recypowanego – stanowią emanację rodzimie japońskich tradycji i obyczajów. Niezwykle doniosłym w przestrzeni prawa publicznego przykładem tego typu rozwiązań jest instytucja *gyoseishido*, stanowiąca tradycyjny dla Japonii sposób kształtowania relacji na linii państwo – obywatele, która długi czas funkcjonując jako zwyczaj, relatywnie niedawno doczekała się stosownej regulacji rangi ustawowej.

3. Gyoseishido

Uzasadnionym jest twierdzenie głoszące, iż ze względu na swoją – z założenia niezwykle elastyczną – charakterystykę, instytucja *gyoseishido* jest szalenie trudna, jeśli nie niemożliwa do precyzyjnego zdefiniowania. Siłą się jednak na ten zabieg najwłaściwiej jest – jak się wydaje – rozpocząć od analizy językowej tego sformułowania. Dokonując tłumaczenia na język polski składających się na pojęcie *gyoseishido* wyrazów *gyosei* oraz *shido* L. Leszczyński wskazuje, iż pierwszy z nich można rozumieć, jako „działalność polegającą na kierowaniu”¹⁹, drugi zaś, jako „ideę doradztwa lub instruktażu, płynącego z góry na dół, tzn. w ramach zależności hierarchicznych”²⁰. Już podstawowa analiza językowa pojęcia *gyoseishido* wskazuje więc na bardzo wyraźne zakorzenienie go w swoiście japońskim kontekście kulturowym, charakteryzującym się oparciem systemu stosunków społecznych o niezliczoną ilość relacji hierarchicznych oraz współtworzonych przez nie układów wertykalnych. Zasadniczą cechą opisującą tę instytucję jest więc fakt jej występowania w relacjach nierównorzędnych, co już na pierwszy rzut oka czyni ją adekwatną dla stosunków powiązanych z szeroko pojętą sferą prawa publicznego.

¹⁷ Por. L. Leszczyński, *op.cit.*, s. 39.

¹⁸ *Ibidem*, s. 52 i nast.

¹⁹ L. Leszczyński, *op.cit.*, s. 81.

²⁰ *Ibidem*, s. 81.

Wśród wielu prób zdefiniowania instytucji *gyoseishido* kilka zasługuje na wyrażne odnotowanie. Choć bowiem żadna z definicji *gyoseishido* nie daje pełnego obrazu tej instytucji, ich wspólne zestawienie unaocznia szeroki obraz, pozwalający na wychwycenie szeregu opisujących ją cech i właściwości. Jedną z bardziej znanych w nauce japońskich definicji omawianego pojęcia jest sformułowana przez Y. Naritę koncepcja głosząca, iż „*gyoseishido* jest grupą działań, przez które organy administracyjne, w sprawach leżących w zakresie ich określonych obowiązków, urzeczywistniają bezpośredni wpływ na dane jednostki, publiczne i prywatne osoby prawne oraz organizacje, stosując władcze i niewładcze (dobrowolne) środki oddziaływania, a także kierują ich działaniami na podstawie porozumienia i dobrowolności w celu osiągnięcia obranego przez siebie celu”²¹. Niemiecki badacz instytucji *gyoseishido* – W. Pape – definiuje ją z kolei, jako „działanie, za pomocą którego organy administracyjne urzeczywistniają przy pomocy środków niewładczych, niemających charakteru wiążących dyrektyw prawnych, wpływ na zachowanie recypienta przez konsensus i współdziałanie, w celu realizacji celów administracyjnych, niezależnie od tego, czy ma się to odbyć przez działanie czy zaniechanie”²². Koniecznie wartą przytoczenia jest w końcu definicja zaproponowana przez najwybitniejszego polskiego badacza japońskiej kultury prawnej L. Leszczyńskiego, który postrzega instytucję *gyoseishido*, jako „pisemną lub ustną decyzję organu administracyjnego, podjętą w «swojej» sferze działania, polegającą na niewiążącym formalnie adresata (adresatów) wskazaniu (zaleceniu) takiego jego (ich) zachowania, które służyłoby osiągnięciu przyjętego wcześniej przez organ administracyjny doniosłego politycznie celu gospodarczego”²³. L. Leszczyński dając wyraz – wskazanym już wcześniej – immanentnym dla instytucji *gyoseishido* właściwościom, jakimi są jej elastyczność i niedookreśloność, proponuje wyróżnienie w jej obrębie takich jej podziałów jak m.in.: *gyoseishido* pisemne i ustne (kryterium formy); *gyoseishido* regulacyjne, harmonizujące/rekoncylacyjne oraz doradcze/promocyjne (kryterium sposobu oddziaływania); *gyoseishido* wydawane z urzędu oraz wydawane na wniosek zainteresowanego podmiotu zewnętrznego (kryterium źródła inicjatywy do wydania *gyoseishido*)²⁴.

Zakreślony przez przytoczone powyżej charakterystyki teoretyczne obraz *gyoseishido* znajduje potwierdzenie w normatywnej definicji tej instytucji, która została wprowadzona przez art. 2 japońskiej ustawy o procedurze administracyjnej. Przepis ten określa *gyoseishido*, jako: „akt niebędący dyspozycją (wzorem zachowania) taki jak: ukierunkowanie, rekomendacja lub sugestia, wydany przez organ administracyjny, w celu próby o działanie lub zaniechanie adresata (konkretnego obywatela), mający na względzie osiągnięcie celu politycznego, mieszczącego się w zakresie kompetencji tego organu administracyjnego”²⁵. Dokonując nieco głębszej analizy przytoczonej definicji ustawowej, przy uwzględnieniu cech *gyoseishido* zasygnalizowanych w przytoczonych

²¹ Y. Narita, *Administrative Guidance*, Law in Japan. An Annual 2/1968, s. 46.

²² W. Pape, *Gyosei Shido and the Antimonopoly Law*, Law in Japan. An Annual 15/1982, s. 14.

²³ L. Leszczyński, *op.cit.*, s. 88.

²⁴ *Ibidem*, s. 89 i nast.

²⁵ Ustawa o procedurze administracyjnej z 12 listopada 1993 r.

powyżej definicjach teoretycznych, można pokusić się o sformułowanie kilku wniosków co do właściwości opisujących tę instytucję prawną.

Pierwszym, wartym w tym kontekście nieco głębszej analizy, zagadnieniem jest sam status *gyoseishido*, jako – co jednoznacznie wynika z treści jego definicji ustawowej – formy działania administracji publicznej. Korzystając z dyrektyw wykładni systemowej oraz analizując przytoczony przepis w nieco szerszym – niż sama jego literalna treść – kontekście, nietrudno ustalić, że ustawa o procedurze administracyjnej zalicza *gyoseishido* do form działania administracji określanych przezeń, jako czynności faktyczne – *jujitsu koi* (w odróżnieniu od klasycznego aktu administracyjnego – *gyosei koi*)²⁶. W literaturze słusznie zwraca się w tym kontekście uwagę na fakt, iż „ustawodawca japoński wydaje się wyznawać pogląd (...), że istotę działań faktycznych stanowi brak intencji zmiany sytuacji prawnej adresata decyzji w ten sposób podjętej”²⁷. Potwierdzenia takiego rozumienia działań faktycznych zdaje się dostarczać polska doktryna prawa administracyjnego. J. Zimmermann, dokonując rozróżnienia działań prawnych oraz działań faktycznych podejmowanych przez organy administracji publicznej, wskazuje iż:

działania prawne zawsze wywołują skutki prawne, przez które rozumie się najczęściej nawiązanie, zmianę albo rozwiązanie stosunku prawnego. Z tego powodu muszą być one określone prawem i opierać się na konkretnej podstawie prawnej. (...) Działania faktyczne nie wywołują skutków prawnych lub – co zmniejsza nieco ostrość omawianego podziału – mogą wywołać pośredni skutek prawny w sferze praw i obowiązków jednostki. Nie są one nastawione na wywołanie takich skutków, ale przez określone fakty mogą spowodować określoną zmianę stosunku prawnego. (...) Typowe działania faktyczne nie muszą być jednak ściśle określone prawem, a ich podstawa prawna może się zawierać w normie kompetencyjnej, albo w normie określającej zakres czynności danego urzędnika²⁸.

Odnosząc *gyoseishido* do przytoczonej powyżej charakterystyki działań faktycznych w administracji można jednoznacznie przesądzić o takim właśnie charakterze tej instytucji prawnej. Regulacja art. 2 japońskiej ustawy o procedurze administracyjnej, posługując się sformułowaniem charakteryzującym *gyoseishido*, jako „nie-dyspozycję”, odnosząc doń natomiast pojęcia „ukierunkowanie”, „rekomendacja” lub „sugestia”, wyraźnie przesądza o braku bezpośredniego związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy działaniem organu administracji publicznej a powstaniem skutku prawnego. Jego zaistnienie – choć możliwe (stąd wskazane jest przyjmowanie w kontekście *gyoseishido* szerokiego rozumienia działania faktycznego) – uzależnione jest od zachowania się adresata określonego zalecenia, podjętego w reakcji na skierowane doń działanie organu administracyjnego. Potwierdzeniem statusu *gyoseishido* jako działania faktycznego organu administracji publicznej jest także zakorzenienie uprawnienia do jego przedsięwzięcia wyłącznie w normie kompetencyjnej (art. 2 ustawy o procedurze

²⁶ Por. L. Leszczyński, *op.cit.*, s. 95.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ J. Zimmermann, *op.cit.*, s. 325–326.

administracyjnej *in fine*). Aktów stosowania *gyoseishido* nie należy zatem utożsamiać z pojęciem aktu administracyjnego, a w konsekwencji należy wystrzegać się używania w jego kontekście sformułowań takich, jak „decyzja”, czy „rozstrzygnięcie”. Posługując się polską nomenklaturą prawa administracyjnego działania podejmowane w ramach *gyoseishido* można by więc zaliczyć do tzw. działań społeczno-organizatorskich²⁹, wpi-sujących się w szersze pojęcie działań faktycznych administracji publicznej.

Kolejną istotną do ustalenia kwestią teoretyczno-prawną, odnoszącą się do instytucji *gyoseishido*, jest jej strona podmiotowa, a więc katalog podmiotów, które uczestniczą w jego funkcjonowaniu, zarówno po stronie organu administracyjnego, jak i po stronie podmiotu zewnętrznego wobec systemu administracji publicznej. Przytoczony powyżej tekst – odnoszącej się do analizowanej instytucji – regulacji normatywnej jednoznacznie wskazuje, że podmiotem wydającym *gyoseishido* może być wyłącznie „organ administracyjny (...) mając na względzie osiągnięcie celu politycznego, mieszczącego się w zakresie kompetencji tego organu”. Pewną wątpliwość może już jednak budzić zakres tego pojęcia a konkretniej wątpliwość, czy tyczy się ono wyłącznie organu administracji publicznej, czy też także kategorii tzw. organów administrujących. W teorii prawa administracyjnego wskazuje się, że administracja publiczna, postrzegana w ujęciu funkcjonalnym³⁰, sprawowana jest przez dwie kategorie podmiotów – organy administracji publicznej (organy administracyjne) oraz organy administrujące. „Pojęcie organu administracji publicznej jest zarezerwowane dla tych podmiotów, które działają za państwo bezpośrednio (...) lub za pośrednictwem samorządu (...) i z tego tytułu mogą w określonym przez prawo zakresie korzystać z władztwa państwowego”. Tak rozumianemu organowi administracyjnemu przysługuje przypisana mu ustawowo kompetencja administracyjnoprawna, którą należy rozumieć, jako „zdolność organu do skonkretyzowanego aktualizowania potencjalnego, sformułowanego przez prawo obowiązku działania”³¹. Pojęcie organu administrującego charakteryzuje się natomiast, jako „podmiot niebędący organem administracyjnym, ale posiadający przyznaną mu kompetencję administracyjną lub faktycznie wykonujący taka kompetencję”³². Zestawienie obu powyższych pojęć z zakresu teorii prawa administracyjnego z literalną treścią art. 2 ustawy o procedurze administracyjnej wydaje się jednoznacznie przesądzać o wyraźnej intencji japońskiego ustawodawcy do zawężenia możliwości korzystania z instytucji *gyoseishido* wyłącznie do organów administracji publicznej. Świadectwem tego wydaje się być jednoznaczne odwoływanie się analizowanej definicji ustawowej do kompetencji przysługującej organowi stosującemu *gyoseishido*. Fakt, iż wieloletni (do 1993 r.) brak wyraźnych podstaw prawnych do stosowania tej instytucji nie stał w sprzeczności z jej rzeczywistym funkcjonowaniem daje jednak podstawy do postawienia tezy o możliwości wydawania *gyoseishido* przez organy wykonujące administrację *sensu largo*. Dowodem na jej potwierdzenie może być wyraźna obecność w japońskiej doktrynie prawa – zasadniczo odbiegającego od fundamentalnej dla zachodniej

²⁹ *Ibidem*, s. 326.

³⁰ *Ibidem*, s. 30–31.

³¹ *Prawo administracyjne*, red. J. Boć, Wrocław 2005, s. 143.

³² J. Zimmermann, *Polska jurysdykcja administracyjna*, Warszawa 1996, s. 44.

doktryny prawa administracyjnego zasady kompetencyjności i legalizmu – stanowiska głoszącego brak konieczności jakichkolwiek wyraźnych podstaw prawnych dla stosowania instytucji *gyoseishido*³³. Jak słusznie zauważa w tym kontekście L. Leszczyński: „związanie pojęcia *gyoseishido* jedynie z organem *stricte* administracyjnym, działającym w sferze zewnętrznej oznaczałoby zawężenie tego zagadnienia. Zalecenia tego rodzaju spotykane są bowiem w sferach wewnętrznych różnych organizacji, instytucji (...) czy też władz stowarzyszeń w stosunku do własnych członków”³⁴.

Odnosząc się do drugiej strony stosunku administracyjnoprawnego, a więc do zagadnienia podmiotów stanowiących grono potencjalnych adresatów *gyoseishido*, należy wskazać, iż przykłady stosowania tej instytucji prawnej dowodzą, że ich katalog zakrojony jest niezwykle szeroko. Wynika to z wskazanej powyżej powszechności uprawnienia podmiotów wykonujących administrację publiczną do stosowania tej instytucji prawa, zarówno w stosunkach administracyjnych o charakterze zewnętrznym, jak i wewnętrznym. Istnieje jednak grupa podmiotów co do których można powiedzieć, iż instytucja *gyoseishido* stosowana jest wobec nich w sposób szczególnie częsty. Grupę tą stanowią podmioty gospodarcze, stąd instytucję *gyoseishido* postrzega się czasem w literaturze jako narzędzie szczególnie często oddziałujące na sferę styku światów polityki i biznesu. W opisanym kontekście wskazuje się, iż adresatami *gyoseishido* mogą być – niezależnie od ich formy prawnej, struktury własności, czy też skali prowadzonej działalności – „zarówno indywidualne podmioty gospodarcze (...), jak i niepowiązane formalnie grupy podmiotów gospodarczych (...), czy też związki branżowe lub stowarzyszenia gospodarcze”³⁵. Powyższe wskazania dowodzą, że funkcjonująca w realiach określonych zarówno przez definicję legalną, jak i przez ukształtowane przed oraz po jej wprowadzeniu praktyki prawne, instytucja *gyoseishido* posiada szeroką stronę podmiotową, umożliwiającą jej stosownie zarówno „przez” jak i „w stosunku do” niezwykle szerokiego katalogu podmiotów.

Podobnie szeroko zakrojony jest dopuszczalny zakres treści *gyoseishido* jako formy działania administracji publicznej. Opisany już powyżej charakter prawny tej instytucji, jako działania faktycznego, stanowiącego ograniczenie władczą formą działania administracji, nasuwa skojarzenie z pojęciem dyskrecjonalności administracyjnej. To wywodzące się z francuskiej nauki prawa administracyjnego pojęcie narzędzia oznacza „margines swobody, jaki jest pozostawiony administracji po to, aby jej działania mogły być dostosowane do zadań, a jednocześnie elastyczne”³⁶. J. Zimmermann słusznie wskazuje w tym kontekście, iż „nawet przy bardzo ścisłym rozumieniu praworządności, rządów prawa, legalności, czy państwa prawa (...) immanentnymi cechami administracji publicznej są elastyczność jej działania i pewna swoboda rozstrzygania”. Już sama – dopuszczalna przez japońską procedurę administracyjną – możliwość posłużenia się instytucją *gyoseishido* stanowi przejaw dywersyfikacji form działania administracji oraz korzystania przezeń ze znacznego stopnia dyskrecjonalności przy załatwianiu spraw

³³ Por. Yamanouchi, *Administrative Guidance and the Role of Law*, Law in Japan. An Annual 7/1974, s. 29.

³⁴ L. Leszczyński, *op.cit.*, s. 85-86.

³⁵ *Ibidem*, s. 86.

³⁶ J. Zimmermann, *op.cit.*, s. 352.

administracyjnych. Misją *gyoseishido* jest – jak wynika z definicji legalnej oraz praktyki stosowania tej instytucji – realizacja celu politycznego mieszczącego się w kompetencji organu posługującego się tą formą działania. Nierzadko – w szczególności w zakresie celów gospodarczych – zdarza się, że właściwszymi do ich realizacji są alternatywne, nieodwołujące się w sposób bezpośredni do władztwa administracyjnego, formy działania, dające się opisać – użytymi przez art. 2 japońskiej ustawy o procedurze administracyjnej – pojęciami „ukierunkowania”, „rekomendacji” lub „sugestii”. Postawa Japończyków, oparta o ich uspołecznienie oraz unikanie wstydu, powoduje, że „ów przymus psychiczny, polegający na chęci unikania bardziej dolegliwych «mocnych regulacji», wywołuje poczucie związania w stosunku do alternatywnej formy zalecenia”³⁷.

Odnosząc się do, uzasadnionych alternatywnym wobec klasycznego aktu administracyjnego charakterem zaleceń składających się na pojęcie *gyoseishido*, wątpliwości co do mocy wiążącej tej formy działania administracji publicznej warto jest wskazać pogląd wyrażony w tym kontekście przez L. Leszczyńskiego, który stwierdza, iż – uwzględniając japońskie realia społeczno kulturowe – „najczęściej faktyczne związanie adresata *gyoseishido* uzasadniane jest panującym modelem stosunków pomiędzy sferą gospodarczą oraz podmiotami władzy politycznej i biurokracji rządowej. Ma to, rzecz jasna, związek z przekonaniem o nadrzędnej pozycji tych drugich w hierarchii społecznej. (...) Ma to wyraźny związek z japońskim modelem gospodarczym, który w praktyce jest dość daleki od modelu liberalno-rynkowego, zwłaszcza jeżeli idzie o pewne dziedziny gospodarki”³⁸. W obliczu przytoczonej argumentacji, dowiedzionym wydaje się być fakt, iż kwestii związania adresatów *gyoseishido* wynikającymi zeń dyspozycjami działania lub zaniechania nie można analizować w oderwaniu od szerszego – japońskiego – kontekstu prawno-kulturowego. Uwarunkowania te powodują, że – choć formalnie niewiążące – zalecenia wpisujące się w analizowaną instytucję, okazują się być dalece skuteczne, a co za tym idzie niezwykle istotne dla kształtowania stosunków społecznych (przede wszystkim gospodarczych) we współczesnej Japonii.

4. Wnioski

W ostatnich latach w polskiej doktrynie prawa publicznego toczy się – powiązana z pracami nad nowelizacją kodeksu postępowania administracyjnego – ożywiona dyskusja na temat kierunków rozwoju tej gałęzi prawa. Niezależnie od kształtu przyjmowanej w tym zakresie regulacji prawnej, bezsprzecznym wydaje się być fakt, iż podejmując refleksję nad współczesnymi trendami w prawie administracyjnym, jednym z istotniejszych – wymagających odnotowania – zagadnień jest tendencja od dywersyfikowania form działania administracji publicznej, sprowadzająca się do przenoszenia punktu ciężkości jej aktywności z pojęcia władztwa państwowego na realizację idei administracji bliższej obywatelowi – tzw. administracji responsywnej. Jednym z przejawów tak rozumianej administracji jest – rozwijająca się w Ameryce oraz krajach Europy zachodniej – koncepcja alternatywnych metod rozwiązywania sporów

³⁷ L. Leszczyński, *op.cit.*, s. 137.

³⁸ *Ibidem*, s. 138-139.

w prawie administracyjnym. Niewątpliwym wyrazem tej tendencji jest także – zaliczane do *soft law* prawa Unii Europejskiej – zalecenie Komitetu Ministrów w sprawie alternatywnych metod rozwiązywania sporów między organami administracyjnymi, a podmiotami prywatnymi³⁹.

Szeroki front, pojawiających się w polskiej doktrynie prawa administracyjnego, postulatów głoszących przydatność koncepcji alternatywnych metod rozwiązywania sporów dla sfery prawa publicznego oraz wskazujących w tym zakresie, iż: „obowiązująca w Polsce regulacja prawna w przedmiocie postępowania administracyjnego jawi się, jako niedostosowana do rysujących się w Europie i na świecie tendencji oraz niespełniająca standardów nowoczesnej procedury”⁴⁰, wywołuje potrzebę szerszego spojrzenia na zagadnienie koncepcji wykorzystania ADR w prawie publicznym i zestawienia w tym celu realiów polskich z zagranicznymi rozwiązaniami prawnymi w tym zakresie. Niezwykle cennymi wydają się być w tym kontekście zarówno prace zestawiające ustawodawstwa krajów pochodzących z tej samej co Polska – europejskiej kultury prawnej⁴¹, jak i analizy bardziej „egzotyczne”. Do tych ostatnich zaliczyć należy niniejsze opracowanie, które stanowi – podjętą przy pełnej świadomości zasadniczych odmienności w sferze tradycji i kultury Polski i Japonii – próbę zestawienia *gyoseishido* – klasycznej, ale zarazem noszącej wyraźne znamię negocjacyjności, japońskiej instytucji prawa publicznego z polską doktryną tej gałęzi prawa.

Wydaje się, że – wypracowana w oparciu o powyższe rozważania – definicja instytucji *gyoseishido*, jako alternatywnego, wobec klasycznie władczych form działania administracji, modułu wydawania prawnie niewiążących zaleceń przez organy administracji publicznej lub organy administrujące, które poprzez tą aktywność próbują oddziaływać na podmioty administrowane w celu skłonienia ich do realizacji pożądanego przez siebie celu politycznego lub gospodarczego, opierając tą nadzieję na poszanowaniu instytucji państwa przez adresatów przedsiębranego działania, wpisuje się w światowy trend rozwoju koncepcji stosowania ADR w sferze prawa publicznego. Mimo oczywistej – tkwiącej w wyraźnym zakorzenieniu *gyoseishido* w japońskim kontekście kulturowym – niemożności skopiowania tej instytucji do europejskich realiów prawno-kulturowych, pewne jej elementy bezsprzecznie mogą stanowić inspirację dla polskiej doktryny i ustawodawstwa. *Gyoseishido* – poprzez swoje wieloletnie, długi czas nieusankcjonowane prawnie, funkcjonowanie w japońskim systemie prawa publicznego – stanowi bowiem koronny dowód na to, że złagodzenie form działania administracji publicznej nie musi odbywać się kosztem spadku roli i autorytetu instytucji państwa w kształtowaniu stosunków społecznych. Wprost przeciwnie – stosowanie „miękkich” form administrowania może ów autorytet pogłębić i ubogacić.

³⁹ Zalecenie Komitetu Ministrów Rec. (2001) 9 z 5 września 2001 r. w sprawie alternatywnych metod rozwiązywania sporów między organami administracyjnymi, a podmiotami prywatnymi.

⁴⁰ J. Wagner-Kowalska, *op.cit.*, s. 99-100.

⁴¹ Por. *ibidem*.

* * *

The Institution of *Gyoseishido* as a Japanese Inspiration for the Development of Concepts of Alternative Forms of Dispute Resolution in the Administrative Law

Gyoseishido is probably the most recognisable, in the world legal discourse, legal institution coming from the Far East. For the local culture circle, it is a special, peculiarly Japanese form of operation of the public administration, oriented to moulding a party's legal situation by impacting on it using tools combining the imperious (*gyosei*) and non-imperious (*shido*) administration. This activity of the public administration – for many years successfully functioning in the Japanese realities – perfectly corresponds to a concept of alternative dispute resolution (ADR) in the administrative law, becoming more and more popular in the western civilization countries. A number of similarities that link both of these modules of operation of the administration results in the fact that the juxtaposition of them and their comparison may turn out to be extremely fruitful not only in a theoretical dimension, but also in the practice of development of ADR in the sphere of public law.

Key words: public administration, administration operation forms, alternative dispute resolution, managing, consulting

Dagmara Dragan¹

Prawne aspekty uwolnienia cen na rynku gazu w Polsce

Streszczenie:

Obowiązujące w Polsce regulacje zakładają konieczność utworzenia i umotywowania przez przedsiębiorstwa energetyczne, a następnie przedstawienia do zatwierdzenia Prezesowi Urzędu Regulacji Energetyki, stawek opłat za dostawy gazu. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej uznał ten stan rzeczy za niezgodny z prawem Unii, co spowodowało, iż Polska od kilku lat przygotowuje rynek gazu na mającą rychło nastąpić deregulację. Najważniejszym elementem, definitywnie przesądzającym o kolejnym kroku w kierunku liberalizacji rynku – uwolnieniu cen gazu, jest przyjęcie dnia 30 listopada 2016 r. przez Sejm projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo energetyczne, które wprowadza harmonogram zwolnienia z obowiązku przedkładania Prezesowi URE taryf do zatwierdzenia przez przedsiębiorstwa energetyczne, czyli tzw. detaryfikacji. Niniejszy artykuł ma na celu przedstawienie najważniejszych działań podjętych w celu detaryfikacji na polskim rynku gazu i założeń wskazanej ustawy, a także jej ocenę

Słowa kluczowe: rynek gazu w Polsce, liberalizacja rynku energii, detaryfikacja na rynku gazu, uwolnienie cen

1. Wprowadzenie

Swobody, jakie Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej gwarantuje obywatelom Unii Europejskiej, tj. swobodny przepływ towarów, prawo do swobodnego świadczenia usług i swoboda przedsiębiorczości, są możliwe do zrealizowania jedynie w warunkach w pełni otwartego rynku, który umożliwia wszystkim odbiorcom swobodny wybór

¹ Autorka jest studentką IV roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu.

dostawców, a wszystkim dostawcom swobodną realizację dostaw do swych odbiorców². Wychodząc z tego założenia, ustawodawca UE zmierza konsekwentnie w kierunku pełnej liberalizacji rynku gazu, czego elementem ma być uwolnienie cen gazu we wszystkich krajach członkowskich, w tym w Polsce.

Obowiązujące w Polsce regulacje zakładają wciąż jednak konieczność utworzenia i umotywowania przez przedsiębiorstwa energetyczne, a następnie przedstawienia do zatwierdzenia Prezesowi Urzędu Regulacji Energetyki, stawek opłat za dostawy gazu. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej uznał ten stan rzeczy za niezgodny z prawem Unii, co spowodowało, iż Polska od kilku lat przygotowuje rynek gazu na mającą rychło nastąpić deregulację.

Najważniejszym elementem, definitywnie przesądzającym o kolejnym kroku w kierunku liberalizacji rynku – uwolnieniu cen gazu, jest przyjęcie dnia 30 listopada 2016 r. przez Sejm projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo energetyczne, które wprowadza harmonogram zwolnienia z obowiązku przedkładania Prezesowi URE taryf do zatwierdzenia przez przedsiębiorstwa energetyczne, czyli tzw. detaryfikacji. Niniejszy artykuł ma na celu przedstawienie najważniejszych działań podjętych w celu detaryfikacji na polskim rynku gazu i założeń wskazanej ustawy, a także jej ocenę.

2.1. Obecny stan prawny

Zgodnie z art. 3 Dyrektywy 2009/73/WE³, państwa członkowskie mają dążyć do utworzenia konkurencyjnego rynku gazu ziemnego, przy czym mają możliwość nałożenia na przedsiębiorstwa, w ogólnym interesie gospodarczym, obowiązków użyteczności publicznej, które mogą odnosić się między innymi do cen dostaw. Podobna regulacja była ujęta w poprzedniej dyrektywie dotyczącej wspólnych zasad wewnętrznego rynku gazu ziemnego – Dyrektywie 2003/55/WE. Zauważyć więc można, iż mimo jednoznacznie objętego celu w postaci liberalizacji rynku energii i uwolnienia cen na tym rynku, prawo europejskie nie zakazuje całkowicie stosowania środków administracyjnej kontroli tych cen, pod pewnymi jednak warunkami, które ustalone zostały w ramach orzecznictwa TSUE przedstawionego w dalszej części artykułu.

W polskim porządku prawnym, zgodnie z art. 47 ust. 1 ustawy – Prawo energetyczne⁴, przedsiębiorstwa energetyczne mają obowiązek ustalenia i przedstawienia do zatwierdzenia Prezesowi Urzędu Regulacji Energetyki taryf, czyli zestawienia stawek opłat za energię. Należy zauważyć, że pośród najważniejszych celów ustawy – Prawo energetyczne znajdują się: równoważenie konkurencji, przeciwdziałanie negatywnym skutkom naturalnych monopolii oraz równoważenie interesów przedsiębiorstw energetycznych i odbiorców paliw i energii (art. 1 ust. 2). Autorzy komentarza do ustawy – Prawo

² Motyw 4 Dyrektywy 2003/55/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 czerwca 2003 r. dotyczącej wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego i uchylającej dyrektywę 98/30/WE (Dz.U.UE.L.2003.176.57).

³ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/73/WE z dnia 13 lipca 2009 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego i uchylająca dyrektywę 2003/55/WE (Dz.U.UE.L.2009.211.94).

⁴ Ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne (Dz.U. 2012 poz. 1059 t.j.).

energetyczne wskazują, że kompetencje Prezesa URE w zakresie zatwierdzania taryf oraz związanej z tym analizy i weryfikacji kosztów ustalanych przez przedsiębiorstwa energetyczne stanowią przejaw wyspecjalizowanej formy regulacji, która ustanowiona została z uwagi na konieczność szczególnej ochrony interesu publicznego⁵. Stanowią one substytut dla mechanizmów konkurencji i mają za zadanie kształtować ceny paliw i energii w taki sposób, aby interesy przedsiębiorstwa energetycznego oraz odbiorców były zrównoważone.

Od zasady wyrażonej w art. 47 ust. 1 ustawy – Prawo energetyczne, zgodnie z którą przedsiębiorstwa energetyczne mają obowiązek ustalenia i przedłożenia do zatwierdzenia taryf, istnieje wyjątek ujęty w art. 49 ust. 1 tej ustawy. Prezes URE może mianowicie zwolnić przedsiębiorstwo energetyczne z obowiązku przedkładania taryf do zatwierdzenia jeżeli stwierdzi, że działa ono w warunkach konkurencji. Przy ocenie tych warunków Prezes URE bierze pod uwagę takie czynniki jak liczba uczestników rynku paliw i energii i wielkość ich udziałów w rynku, istnienie skutecznej kontroli i zabezpieczeń przed wykorzystywaniem pozycji ograniczającej konkurencję, przejrzystość struktury i zasad funkcjonowania rynku. A. Walaszek-Pyziół uważa, że instytucja obowiązku przedłożenia taryf do zatwierdzenia ma charakter przejściowy, do momentu stwierdzenia przez Prezesa URE istnienia rynku konkurencyjnego, który jest skutecznym, naturalnym mechanizmem zabezpieczającym przed nieuzasadnionymi podwyżkami cen⁶, do którego to poglądu nie przychylił się Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, o czym mowa jest w dalszej części artykułu. Wprowadzenie możliwości zwolnienia z tego obowiązku miało być przygotowaniem do stopniowej liberalizacji rynku energii. Jak zauważają M. Swora i A. Falecki, administracyjna regulacja cen energii elektrycznej i gazu ziemnego jest oceniana przez KE jako jedna z istotnych barier ograniczających wdrażanie dyrektyw rynkowych, a tym samym rozwój konkurencji na rynku energii elektrycznej i rynku gazu ziemnego. Taryfy regulowane mogą zniekształcać obraz rynku oraz uniemożliwiać powstanie wolnego rynku energii⁷.

2.2. Postępowanie przeciwko Polsce

Komisja Europejska uznała przedstawione rozwiązania regulacyjne za niezgodne z prawem Unii Europejskiej i dnia 25 czerwca 2009 r. skierowała do Rzeczypospolitej Polskiej wezwanie do usunięcia uchybienia. KE wskazała, że niezgodność przepisów ustawy – Prawo energetyczne oraz Dyrektywy 2003/55/WE i zastępującej ją Dyrektywy 2009/73/WE wynika przede wszystkim z tego, iż obowiązek przedstawienia Prezesowi URE taryf do zatwierdzenia nie uwzględnia konkretnej sytuacji odbiorców, ponieważ nie dokonano żadnego rozróżnienia między odbiorcami będącymi gospodarstwem domowym a odbiorcami niebędącymi gospodarstwem domowym. Odpierając ten zarzut, polski rząd stwierdził, iż sporny środek podjęty został w celu

⁵ M. Swora, Z. Muras, *Prawo energetyczne. Komentarz*, t. 2, Warszawa 2016, s. 697.

⁶ A. Walaszek-Pyziół, *Energia i prawo*, Warszawa 2002, s. 69.

⁷ M. Swora, Z. Muras, *op.cit.*, s. 722.

realizacji przez przedsiębiorstwa sektora gazu ziemnego zobowiązań o charakterze użyteczności publicznej⁸.

Komisja Europejska w związku ze wskazanym zarzutem wszczęła i prowadziła przeciwko Polsce w latach 2009–2013 postępowanie. W tym czasie polski rząd podjął szereg działań zmierzających do liberalizacji rynku gazu i doprowadzenia do zgodności polskiego stanu prawnego i faktycznego z prawem UE. W szczególności powołano Zespół Doradczy do spraw związanych z liberalizacją rynku gazu ziemnego w Polsce, którego prace zaowocowały powstaniem „Mapy Drogowej uwolnienia cen gazu ziemnego”, opublikowanej przez Prezesa URE w dniu 5 lutego 2013 r.⁹ Dokument ten zawiera ocenę stanu rynku gazu ziemnego w Polsce oraz propozycje programu działań niezbędnych do osiągnięcia zmian systemowych na krajowym rynku gazu ziemnego prowadzące do rozwoju konkurencji i w konsekwencji uwolnienia cen gazu ziemnego dla wszystkich odbiorców. Ponadto w ustawie z dnia 26 lipca 2013 r. o zmianie ustawy – Prawo energetyczne oraz niektórych innych ustaw¹⁰ wprowadzono do polskiego porządku prawnego obowiązek sprzedaży na giełdach towarowych określonej ilości gazu ziemnego wysokometanowego, wprowadzanego w danym roku do sieci przesyłowej, czyli tzw. obligo giełdowe, którego celem jest „umożliwienie utworzenia płynnego, hurtowego rynku gazu ziemnego w Polsce oraz urealnienie prawa odbiorcy do zmiany sprzedawcy, zagwarantowanego przepisami ustawy – Prawo energetyczne”¹¹. Dodatkowo wprowadzenie obligo giełdowego miało w dalszej perspektywie przełożyć się na możliwość zastosowania przez Prezesa URE kompetencji wyrażonej we wspomnianym powyżej art. 47 ust. 1 ustawy – Prawo energetyczne, zgodnie z którym istnieje możliwość zwolnienia z obowiązku przedkładania taryf do zatwierdzenia, co wyraził Prezes URE w komunikacie nr 21/2013 z dnia 22 lipca 2013 r.¹² Zgodnie z zapowiedzią złożoną w tym komunikacie, Prezes URE dokonał zwolnienia z obowiązku przedkładania taryf do zatwierdzenia podmiotów, które złożyły odpowiednie wnioski w zakresie obrotu gazem ziemnym: na giełdzie towarowej, na hurtowym rynku gazu i w postaci skroplonej LNG i CNG oraz sprzedaży gazu ziemnego do operatorów systemów gazowych w celu realizacji ich zadań określonych w ustawie – Prawo energetyczne.

Pomimo podjęcia powyżej opisanych działań Komisja Europejska nie zdecydowała się na zawieszenie postępowania przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej i kontynuowała sprawę, kierując ją do TSUE. Dnia 10 września 2015 r. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wydał wyrok w tej sprawie opierając się na linii orzeczniczej, która zapoczątkowana została wyrokiem w sprawie *Federutility i in.*¹³

W sprawie *Federutility i in.*, w której spierali się przedsiębiorcy świadczący usługi na włoskim rynku gazu i ich stowarzyszenie w przedmiocie aktów, na mocy których stowarzyszenie to ustala „ceny referencyjne” za dostawę gazu ziemnego, które

⁸ Por. wyrok TSUE z dnia 10 września 2015 r. w sprawie *Komisja vs Polska* C-36/14.

⁹ http://www.ure.gov.pl/download/1/6214/2013_02_01_Mapa_Drogowa_ost.pdf, 30.12.2016.

¹⁰ Dz.U. 2016 poz. 984.

¹¹ Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo energetyczne, nr druku 999, s. 2.

¹² <http://www.ure.gov.pl/pl/stanowiska/5371,dok.html>, 30.12.2016.

¹³ Wyrok TSUE z dnia 20 kwietnia 2010 r. w sprawie *Federutility i in.*, sygn. C-265/08.

przedsiębiorcy zobowiązani są włączyć do swojej oferty handlowej skierowanej do niektórych klientów, Trybunał stwierdził, że przepisy Dyrektywy 2003/55/WE nie stoją na przeszkodzie przepisowi krajowemu, który zezwala na kształtowanie poziomu cen dostawy gazu ziemnego poprzez określanie „cen referencyjnych”, takich jak ceny będące przedmiotem sporów przed sądem krajowym, po dniu 1 lipca 2007 r., pod warunkiem że interwencja ta:

- służy realizacji ogólnego interesu gospodarczego polegającego na utrzymaniu cen dostawy gazu ziemnego do odbiorców końcowych na rozsądnym poziomie, zważywszy na fakt, że na państwach członkowskich ciąży obowiązek godzenia ze sobą – przy uwzględnieniu sytuacji sektora gazu ziemnego – celów w postaci liberalizacji oraz niezbędnej ochrony odbiorcy końcowego;
- ogranicza prawo do swobodnego ustalania cen dostawy gazu ziemnego po dniu 1 lipca 2007 r. jedynie w zakresie niezbędnym do osiągnięcia wskazanego celu leżącego w ogólnym interesie gospodarczym; w konsekwencji, przepis taki może obowiązywać tylko w ograniczonym okresie; oraz
- jest jasno określona, przejrzysta, pozbawiona cech dyskryminacji, weryfikowalna oraz zapewnia unijnym przedsiębiorcom gazowniczym równy dostęp do odbiorców krajowych.

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej oparł się na powyższych ustaleniach wydając wyrok w sprawie *Komisja Europejska vs Rzeczpospolita Polska*¹⁴. Trybunał stwierdził, iż poprzez stosowanie systemu interwencji państwa w postaci nałożenia obowiązku stosowania przez przedsiębiorstwa energetyczne cen dostaw gazu ziemnego zatwierdzanych przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki, który to obowiązek nie jest ograniczony w czasie, w sytuacji gdy prawo krajowe nie zobowiązuje organów administracji do okresowego badania konieczności i zasad jego stosowania w sektorze gazowniczym z uwzględnieniem stopnia rozwoju tego sektora oraz który cechuje zastosowanie do nieograniczonego kręgu beneficjentów lub odbiorców bez rozróżnienia pomiędzy odbiorcami oraz bez rozróżnienia sytuacji odbiorców w ramach poszczególnych ich kategorii, Rzeczpospolita Polska uchybiła zobowiązaniom, jakie ciążyą na niej na mocy art. 3 ust. 1 w związku z art. 3 ust. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/73/WE z dnia 13 lipca 2009 r. dotyczącej wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego i uchylającej dyrektywę 2003/55/WE.

2.3. Detaryfikacja na rynku gazu

W związku z wyżej opisanym wyrokiem TSUE, który stwierdzał niezgodność polskiego prawa z prawem UE, przystąpiono do opracowania projektu ustawy nowelizującej ustawę – Prawo energetyczne. Dnia 25 kwietnia 2016 r. opublikowano na stronie Rządowego Centrum Legislacji projekt nowych przepisów dotyczących tzw. detaryfikacji obrotu paliwami gazowymi, datowany na 21 kwietnia 2016 r. Projekt ten poddany był w czerwcu tego roku uzgodnieniom międzyresortowym i konsultacjom publicznym.

¹⁴ Wyrok TSUE z dnia 10 września 2015 r. w sprawie *Komisja vs Polska*, C-36/14.

Dnia 30 listopada 2016 r. został on przyjęty przez Sejm¹⁵, a następnie podpisany przez Prezydenta dnia 7 grudnia 2016 r.

Przepisy ustawy przewidują stopniową rezygnację z regulowania cen gazu ziemnego poprzez wprowadzenie do ustawy – Prawo energetyczne przepisu przewidującego zwolnienie przedsiębiorstw energetycznych posiadających koncesję na obrót paliwami gazowymi lub koncesję na obrót gazem ziemnym z zagranicą i prowadzących działalność gospodarczą w zakresie sprzedaży paliw gazowych z obowiązku przedkładania taryfy do zatwierdzenia przez Prezesa URE.

W ustawie zawarto harmonogram zwolnień. Najwcześniej, bo już w dniu wejścia w życie ustawy, tj. 1 stycznia 2017 r., zwolnione z obowiązku zostaną przedsiębiorstwa obrotu w zakresie sprzedaży na rynku hurtowym, w punkcie wirtualnym (w tym na giełdzie towarowej), sprężonym gazem ziemnym CNG, skroplonym gazem ziemnym LNG oraz w trybie przetargów, aukcji i zamówień publicznych w rozumieniu przepisów o zamówieniach publicznych. Następnie, z dniem 1 października 2017 r., zwolnione zostaną przedsiębiorstwa obrotu dostarczające gaz do wszystkich odbiorców końcowych, z wyjątkiem odbiorców w gospodarstwach domowych. Najdłużej na odstąpienie od regulacji cen czekać będą przedsiębiorstwa obrotu dostarczające gaz do odbiorców w gospodarstwach domowych, co nastąpi dopiero 1 stycznia 2024 r. Harmonogram detaryfikacji dostosowany został do obecnej sytuacji na rynku gazu w zakresie jego konkurencyjności. Tak długie oczekiwanie na rezygnację z regulacji cen dostaw gazu do odbiorców domowych wynika ze specyfiki tego rynku i konieczności ochrony tych odbiorców przed możliwym nagłym i wysokim wzrostem cen gazu, które mogą nastąpić w przypadku braku osiągnięcia konkurencyjności na rynku, a także z faktu, iż odbiorcy domowi nie wykazują obecnie zbyt dużej aktywności w zakresie zmiany sprzedawcy, co zmienić ma się właśnie w trakcie tego wydłużonego okresu przejściowego.

Ustawa o zmianie ustawy – Prawo energetyczne¹⁶ pozbawi prezesa URE kompetencji do zatwierdzania taryf, a także do wymagania od przedsiębiorstw obrotu stosowania cen paliw gazowych wynikających z taryfy. Ceny gazu będą więc poddane wyłącznie grze rynkowej. Ministerstwo Energii ocenia, że ceny gazu powinny po wejściu w życie ustawy pozostać na niezmiennym poziomie lub zostać obniżone¹⁷.

2.4. Dostosowanie umów sprzedaży i umów kompleksowych

W art. 1 pkt 12 ustawy o zmianie ustawy – Prawo energetyczne¹⁸ wprowadzony został obowiązek przesłania odbiorcy gazu projektu zmiany umowy w zakresie proponowanych cen paliw gazowych lub sposobu ich ustalania, który nie jest uzależniony od taryfy, w terminie umożliwiającym dostosowanie tej umowy przed ustaniem obowiązku przedkładania taryf do zatwierdzenia, tj. przed dniem 1 października

¹⁵ Druk sejmowy nr 999.

¹⁶ Dz.U. 2016 poz. 1986.

¹⁷ Nota prasowa Polskiej Agencji Prasowej, <http://biznes.pap.pl/pl/news/pap/info/1739199,detaryfikacja-moze-utrzymac-obecne-poziomy-cen-gazu-lub-je-obnizyc---me>, 30.12.2016.

¹⁸ Dodawany do ustawy – Prawo energetyczne, art. 62b ust. 2.

2017 r. dla odbiorców przemysłowych lub przed dniem 1 stycznia 2024 r. dla odbiorców w gospodarstwach domowych. W wyniku konieczności zapewnienia odbiorcom odpowiedniego czasu na podjęcie decyzji w zakresie skorzystania z prawa do wypowiedzenia umowy sprzedaży lub umowy kompleksowej, przedsiębiorstwa zostały zobowiązane do przekazania projektu umowy nie później niż 2 miesiące przed upływem wskazanych terminów uwolnienia cen, tj. do dnia 1 sierpnia 2017 r. dla odbiorców przemysłowych i do dnia 1 listopada 2023 r. dla odbiorców w gospodarstwach domowych. Dodatkowo na przedsiębiorcach spoczywa obowiązek przekazania odbiorcom informacji o prawie do wypowiedzenia umowy.

Dodawany do ustawy – Prawo energetyczne art. 62b ust. 3 gwarantuje wszystkim odbiorcom prawo do wypowiedzenia umowy sprzedaży paliw gazowych lub umowy kompleksowej bez ponoszenia przez nich dodatkowych kosztów. W celu wypowiedzenia umowy konieczne jest złożenie przez odbiorcę do przedsiębiorstwa energetycznego pisemnego wypowiedzenia. Jeśli odbiorca nie wskaże momentu rozwiązania umowy, to będzie nim ostatni dzień miesiąca następującego po miesiącu, w którym oświadczenie odbiorcy wpłynęło do przedsiębiorstwa.

Należy zauważyć, że powyższe regulacje będą miały zastosowanie wyłącznie w przypadku umów sprzedaży i umów kompleksowych, które nie zawierają regulacji dotyczących stawek opłat i sposobu ich ustalania, które mają być stosowane po dacie uwolnienia cen.

J. Baehr i J. Pokrzywniak zwracają uwagę na potencjalne skutki możliwego milczenia odbiorcy w sytuacji, gdy przedsiębiorstwo energetyczne wysłało mu propozycję zmiany umowy w zakresie cen paliw gazowych lub sposobu ich ustalania¹⁹. W ustawie nie uregulowano skutków milczenia odbiorcy, stąd autorzy rozważają kilka następujących możliwości:

- 1) umowa, jako pozbawiona elementu koniecznego – ceny, wygasa;
- 2) należy w tym wypadku zastosować wyrok art. 536 § 2 KC, który głosi, że „jeżeli z okoliczności wynika, że strony miały na względzie cenę przyjętą w stosunkach danego rodzaju, poczytuje się w razie wątpliwości, że chodziło o cenę w miejscu i czasie, w którym rzecz ma być kupującemu wydana”;
- 3) w relacjach z odbiorcami profesjonalnymi powinien znaleźć zastosowanie art. 68² KC, zgodnie z którym „jeżeli przedsiębiorca otrzymał od osoby, z którą pozostaje w stałych stosunkach gospodarczych, ofertę zawarcia umowy w ramach swej działalności, brak niezwłocznej odpowiedzi poczytuje się za przyjęcie oferty”.

Konieczne jest rozważenie konsekwencji przyjęcia powyższych stanowisk. W przypadku zastosowania rozwiązania numer 1, tzn. przyjęcia, że umowy w tym wypadku uległyby rozwiązaniu, mogłoby się okazać, że wielu odbiorców pozostanie bez dostępu do paliw gazowych. Z pewnością nie będzie to dobre rozwiązanie ani dla odbiorcy, szczególnie odbiorcy w gospodarstwie domowym, co do którego istnieje największe oczekiwanie zachowania milczenia w niniejszej sytuacji, ani dla przedsiębiorstwa energetycznego. Odbiorca może pozostawać bez dostępu do paliw gazowych nawet

¹⁹ Materiały pokonferencyjne, konferencja Gazterm, wystąpienie J. Baehra i J. Pokrzywniaka, *Detaryfikacja – nadchodząca rewolucja na rynku gazowym*, <http://tiny.pl/gdwjb>, 30.12.2016.

przez kilka tygodni, wliczając w to czas na zawarcie nowej umowy i ewentualne znalezienie nowego dostawcy, natomiast dla przedsiębiorstwa energetycznego taka sytuacja może wiązać się ze zwiększonym, w stosunku do pozostałych rozwiązań, ryzykiem utraty klientów.

Jeśli chodzi o pozostałe dwa rozwiązania, to oba sprowadzają się w zasadzie do narzucenia milczącemu odbiorcy ceny zaproponowanej przez przedsiębiorstwo energetyczne. Rozwiązanie to należy uznać za bardziej przychylne odbiorcy ze względu na brak elementu ewentualnego pozbawienia go dostępu do paliw gazowych.

3. Podsumowanie i ocena regulacji

Nie ma wątpliwości co do tego, iż przyjęcie opisywanych w niniejszym artykule regulacji było niezbędne ze względu na konieczność wdrożenia do polskiego porządku prawnego przepisów Dyrektywy 2009/73/WE. Jednak przy ocenie regulacji sposobu przeprowadzenia w następnych latach tzw. detaryfikacji na rynku gazu należy zasygnalizować kilka kwestii, które ustawodawca pominął, a które mogą stanowić poważne problemy w następnych latach. Chodzi tu przede wszystkim o kwestię milczenia odbiorcy po wysłaniu mu przez przedsiębiorstwo energetyczne propozycji nowych stawek w umowie lub sposobu ich obliczania. Jeśli ustawodawca nie zdecyduje się na rozwiązanie tej kwestii to bardzo prawdopodobnym jest, iż doktryna przychyli się do jednego z poglądów przedstawionych w tym artykule.

Pozytywnie należy ocenić wprowadzone w ustawie uregulowania gwarantujące odbiorcom możliwość wypowiedzenia umowy bez ponoszenia przez nich dodatkowych kosztów, a także możliwość wskazania terminu, w którym umowa ta ulega rozwiązaniu. Także za dobre rozwiązanie należy uznać wprowadzenie stosunkowo odległego terminu jeśli chodzi o uwolnienie cen gazu dla odbiorców w gospodarstwach domowych. Termin ten wydaje się realny, jeśli chodzi o aktywizację tych odbiorców na rynku – wskazują na to wyniki przeprowadzanego przez Prezesa URE monitoringu dotyczącego liczby zmian sprzedawcy gazu²⁰, z których wynika, że w ostatnich kilku latach liczba takich zmian wzrosła z zaledwie kilku do ponad 40 tys.

Kolejną istotną kwestią, na którą należy zwrócić uwagę, jest możliwość podjęcia przez przedsiębiorstwo dominujące na polskim rynku gazu, tj. PGNiG SA, działań zmierzających do nadmiernego wzrostu cen gazu ziemnego. Wykorzystywanie pozycji dominującej jest z pewnością jednym z najważniejszych zagrożeń związanych z uwolnieniem cen gazu, ale także z liberalizacją rynku w ogóle. Wskazuje się jednak, że kompetencje Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów będą w tym zakresie wystarczającym zabezpieczeniem antymonopolowym²¹.

Działania przeprowadzone w latach 2009–2016 przez polski rząd i ustawodawcę, w tym w szczególności uruchomienie wirtualnego punktu obrotu gazem i wprowadzenie

²⁰ Zmiana sprzedawcy gazu – wyniki monitoringu Prezesa URE, <https://www.ure.gov.pl/pl/urzad/informacje-ogolne/aktualnosci/6518,Zmiana-sprzedawcy-gazu-ziemnego-wyniki-monitoringu-Prezesa-URE.html>, 30.12.2016.

²¹ Uzasadnienie do projektu ustawy, druk sejmowy nr 999, s. 8.

obliga giełdowego, rozbudowa transgranicznych zdolności przesyłowych oraz budowa terminalu LNG w Świnoujściu, czy umożliwienie szybkiej zmiany sprzedawcy pozwoliły na przygotowanie polskiego rynku gazu na kolejny krok w kierunku jego liberalizacji. Ocenia się, że dzięki tym działaniom polski rynek gazu ziemnego osiągnął poziom, który umożliwia jego deregulację przy minimalnej możliwości wykorzystywania pozycji dominującej przez przedsiębiorstwo zasiedziałe. Efekty tych zmian oraz obecnie niskie hurtowe ceny gazu pozwalają sądzić, że deregulacja rynku przebiegnie w sposób płynny i bez zakłócenia konkurencji na rynku.

* * *

Legal Aspects of the Deregulation of Prices in the Polish Gas Market

Applicable in Poland regulations establish the need to create and motivate by energy companies and then submitted for approval to the President of the Energy Regulatory Office fees for gas supplies. The Court of Justice of the European Union recognized this state of affairs is incompatible with European Union law. Therefore, the Polish market is preparing for its deregulation. The most important element, definitely conclusive about the next step towards the liberalization of the market – the release of gas prices, is the adoption on 30 November 2016. by the Parliament a draft law amending the Act – Energy Law, which introduces a timetable for exemption from the obligation to submit to the President of Energy Regulatory Office tariffs for approval by the company energy. This article aims to present the most important measures taken to polish gas market deregulation and assumptions of the Law, as well as its evaluation.

Key words: polish gas market, gas market liberalisation, deregulation of prices in the Polish gas market

Bartosz Gryziak¹

**Powrót podatnika marnotrawnego,
czyli obniżenie stawki odsetek
za zwłokę oraz *ravvedimento operoso*
(studium prawnoporównawcze)**

Streszczenie:

Nie myli się tylko ten, kto nic nie robi. Podatki płaci natomiast każdy, zatem każdy może popełnić błąd z nimi związany. Przedmiotowe instytucje stanowią możliwość zmniejszenia sankcji za naruszenie obowiązków związanych z podatkami w zamian za dobrowolne przywrócenie stanu zgodnego z prawem oraz zapłacenie odsetek za zwłokę lub ewentualnej kary.

Przedmiotem analizy w pierwszej kolejności są właściwe przepisy wraz z ich nowelizacjami, a także właściwe materiały z prac legislacyjnych. W dalszej kolejności badane są aktualne modele obu przedmiotowych instytucji – w oparciu o obowiązujące przepisy, a także wypowiedzi doktryny, w mniejszym stopniu również judykatury. Jako trzecie omawiane są problemy jurystyczne, jakie powstały w związku z funkcjonowaniem przedmiotowych instytucji. W każdej z tych płaszczyzn wykorzystano materiały zarówno polskie, jak i włoskie.

Słowa kluczowe: administracyjno-podatkowe, odsetki za zwłokę, obniżona stawka odsetek za zwłokę, *sanzioni tributarie non penali*, *ravvedimento operoso*

¹ Autor jest studentem V roku na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, studiował także na Università degli Studi di Padova (Uniwersytecie Padewskim) w ramach programu Erasmus+ (rok akademicki 2015/2016). Jest sekretarzem Przeglądu Prawniczego Uniwersytetu Warszawskiego (kadencja 2016/2017), a także byłym wiceprezesem ELSA Warszawa ds. seminariów i konferencji (kadencja 2014/2015).

1. Wprowadzenie

Murray Rothbard zaproponował kiedyś: „[j]eśli ktokolwiek wierzy w dobrowolny charakter podatków, niech spróbuje odmówić ich płacenia, a przekona się na własnej skórze, jak jest naprawdę”². Nie wszyscy jednak spośród tych, którzy w jakiś sposób nie dopełnili obowiązków związanych z podatkami, chcą badać empirycznie konsekwencje ich niewykonania. W wielu wypadkach zwyczajnie działają w różnego rodzaju błędzie.

W takich sytuacjach interes państwa wymaga, aby przywrócono stan zgodny z prawem, a naruszenie prawa nie pozostawało bez konsekwencji. W przeciwnym wypadku, tj. w braku należytej dyscypliny oraz poszanowania prawa, system podatkowy przestałby funkcjonować – a wraz z nim pozbawione środków do działania państwo³.

Z drugiej strony, w takich sytuacjach osoby, które nie dopełniły swoich obowiązków, nie mają szczególnego interesu w zachowaniu stanu niezgodnego z prawem; są natomiast zainteresowane możliwie największym ograniczeniem negatywnych konsekwencji swoich czynów.

Porównawszy natomiast ilość osób, na których ciążyą obowiązki związane z podatkami oraz zasoby, jakie państwo może wykorzystać do ich kontroli, można także stwierdzić, że państwo ma jak największy interes także w tym, aby podatnicy w możliwie największym stopniu sami się kontrolowali i poprawiali.

Właśnie na tle połączenia tych interesów, w gruncie rzeczy dość zbieżnych, należy rozpatrywać przedmiotowe instytucje – ich istotą jest zmniejszenie przez państwo sankcji dla tych spośród obowiązanych, którzy mimo niedopełnienia swoich obowiązków, dobrowolnie dokonują samokontroli oraz przywrócenia stanu zgodnego z prawem.

Trafnie włoska instytucja nosi nazwę *ravvedimento operoso*, co na język polski można tłumaczyć jako „czynny żal” – mianem tym określa się u nas instytucje prawa karnego w swej istocie o podobnej treści.

2. Sankcje

Jak już wskazano, niedopełnienie obowiązku związanego z podatkami musi pociągać za sobą negatywne konsekwencje. Prawo włoskie używa bezpośrednio pojęcia sankcji skarbowej (*una sanzione tributaria*), w ramach którego rozróżnia sankcje skarbowe karne (*sanzioni tributarie penali*) oraz niekarne, zwane też administracyjnymi (*sanzioni tributarie non penali, sanzioni amministrative*). Wskazuje je jako konsekwencje naruszenia norm skarbowych.

Polski prawodawca nie używa terminu „sankcja” na określenie negatywnych konsekwencji niedopełnienia obowiązków związanych z podatkami, wobec czego ich określenie jest mniej czytelne i wymaga uważnej lektury tekstów ustaw.

² M. Rothbard, *O nową wolność. Manifest libertariański*, Warszawa 2007, s. 48.

³ Stwierdzenie to odnosi się do państw funkcjonujących zgodnie ze współcześnie powszechnie akceptowanym założeniem, że podatki stanowią podstawę finansowania państw. Warto jednak pamiętać, że nie zawsze tak było – np. w epoce nowożytnej podatki uważano za *ultima ratio* w dostarczaniu środków pieniężnych na potrzeby państwa.

Pojęciem sankcji posługuje się jednak polska doktryna. Wyróżnia ona sankcje karne, administracyjne, za naruszenie dyscypliny budżetowej, a także podatkowe. W dziedzinie obowiązków związanych z podatkami zastosowanie znajdują przede wszystkim sankcje karne (zwane w tym wypadku karnoskarbowymi) a także sankcje podatkowe. Wśród tych ostatnich wyróżnić można karne sankcje podatkowe oraz sankcje administracyjno-podatkowe.

Nie wdając się w szczegółową analizę tej problematyki, gdyż nie jest ona przedmiotem niniejszego opracowania, należy wskazać odsetki za zwłokę, które w świetle powyższego podziału uznaje się za przykład sankcji administracyjno-podatkowych⁴. Wydaje się, że jest to podstawowa sankcja niekarne w polskim systemie podatkowym. Jej znaczenie wynika z powiązania z centralną instytucją polskiego prawa podatkowego – zobowiązaniem podatkowym. Nie wykonanie go w terminie *ex lege* powoduje zastosowanie odsetek za zwłokę.

Omawiana instytucja *ravvedimento operoso* dotyczy sankcji skarbowych niekarnych (administracyjnych). Podobnie druga spośród omawianych instytucji – obniżenie stawki odsetek za zwłokę – dotyczy podstawowej sankcji administracyjno-podatkowej.

3. Historia regulacji (przepisy)

Włoska instytucja jest zdecydowanie starsza od polskiej. Jej pierwsze uregulowanie zostało wprowadzone przez art. 14 ustawy z dnia 29 grudnia 1990 r. nr 408 – Przepisy skarbowe w przedmiocie przeszacowania aktywów przedsiębiorstw, wycofania wyłączeń oraz podstaw zawieszenia podatku, a także racjonalizacji oraz uproszczenia przepisów. Upoważnienie Rządu do rewizji traktowania skarbowego rodziny oraz przychodów finansowych oraz do rewizji ulg podatkowych (GU nr 303 z dnia 31 grudnia 1990 r.)⁵.

Artykuł ten wprowadzał zmiany w 3 dekretach Prezydenta Republiki: z dnia 29 września 1973 r. nr 600 – Przepisy wspólne w przedmiocie ustanowienia podatku dochodowego (GU nr 268 z dnia 16 października 1973 r. – Dodatek zwyczajny nr 1), z dnia 29 września 1973 r. nr 602 – Przepisy dotyczące pobierania podatku dochodowego (GU nr 268 z dnia 16 października 1973 r. – Dodatek zwyczajny nr 2) oraz z dnia 26 października 1972 r. nr 633 – Instytucje i dziedzina podatku od wartości dodanej (GU nr 292 z dnia 11 listopada 1972 r. – Dodatek zwyczajny nr 1)⁶.

⁴ H. Dzwonkowski, *Sankcje podatkowe*, Raport nr 116 Biura Studiów i Ekspertyz Kancelarii Sejmu, 1997, s. 4, <http://biurose.sejm.gov.pl/>, 27.12.2016.

⁵ *Legge 29 dicembre 1990, n. 408* – dalej: ustawa 408/1990 – *Disposizioni tributarie in materia di rivalutazione di beni delle imprese e di smobilizzo di riserve e fondi in sospensione di imposta, nonché disposizioni di razionalizzazione e semplificazione. Delegha al Governo per la revisione del trattamento tributario della famiglia e delle rendite finanziarie e per la revisione delle agevolazioni tributarie*. Tłumaczenie własne na język polski (także w przypadku wszelkich pozostałych sformułowań włoskich).

⁶ Odpowiednio: *decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600. Disposizioni comuni in materia di accertamento delle imposte sui redditi* (dalej: d.p.r. 600/1973), *decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602. Disposizioni sulla riscossione delle imposte sul reddito* (dalej: d.p.r.

W pracach legislacyjnych nad tymi regulacjami instytucję *ravvedimento operoso* wskazano w kontekście zapobiegania i ograniczania powstawania sporów, a także uproszczenia relacji między obywatelami a administracją⁷. Ciekawsze informacje w tej kwestii można jednak znaleźć nie w projekcie rządowym, który ostatecznie został przyjęty, lecz w poselskim, który został przezeń wchłonięty.

W uzasadnieniu do tego projektu wskazano na dwie kwestie: po pierwsze, że procedura kontroli dotyczyła wąskiej grupy podatników; po drugie, korespondowała z tym bardzo wysoka skala unikania opodatkowania. W rezultacie odpowiednie sankcje były stosowane rzadko, przy jednoczesnej tendencji do stosowania umorzeń, które obniżały wiarygodność systemu. Zwrócono też uwagę na liczne wątpliwości w stosowaniu prawa podatkowego, a także surowość systemu represji.

Taką sytuację uznano za okazję do przeformowania systemu sankcji (zarówno karnych, jak i administracyjnych) w taki sposób, aby zachowując odstrasżający charakter dotychczasowych norm uwzględnić także obniżki kar dla tych, którzy dobrowolnie naprawiają swoje błędy. Wskazano także na powiązane z tym ograniczenie uciążliwych dla podatnika procedur⁸.

Kolejnym ważnym punktem w historii *ravvedimento operoso* jest ustawa z dnia 23 grudnia 1996 r. nr 662 – Środki racjonalizacji finansów publicznych (GU nr 303 z dnia 28 grudnia 1996 r. – Dodatek zwyczajny nr 233)⁹. W art. 3 ust. 133 upoważniła ona Rząd do wydania jednego lub kilku dekretów ustawodawczych celem dokonania rewizji i uzupełnienia materii sankcji skarbowych niekarnych zgodnie ze wskazanymi w tym ustępie zaleceniami. Celem ustawy była rewizja sankcji skarbowych niekarnych z uwzględnieniem zasad ogólnych dla całego systemu skarbowego, a także reguł konstytucyjnych oraz systemów bardziej rozwiniętych, w tym innych państw europejskich¹⁰.

Na podstawie tego upoważnienia wydano dekret ustawodawczy z dnia 18 grudnia 1997 r. nr 471 – Reforma sankcji skarbowych niekarnych w przedmiocie podatków bezpośrednich, podatku od wartości dodanej oraz poboru podatków, [dokonana] na podstawie art. 3 ustawy ust. 133 lit. q ustawy z dnia 23 grudnia 1996 r. nr 622¹¹ (GU nr 5 z dnia 8 stycznia 1998 r. – Dodatek zwyczajny nr 4), który derogował m.in. przepisy dodane przez art. 14 ustawy 408/1990.

602/1973), decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633. Istituzione e disciplina dell'imposta sul valore aggiunto (dalej: d.p.r. 633/1972).

⁷ X Legislatura, Izba Deputowanych, akt parlamentarny nr 5108 (*X Legislatura, Camera dei Deputati, atto parlamentare n. 5108*).

⁸ X Legislatura, Izba Deputowanych, akt parlamentarny nr 5017 (*X Legislatura, Camera dei Deputati, atto parlamentare n. 5017*).

⁹ Legge 23 dicembre 1996, n. 662 – dalej: ustawa 662/1996 – *Misure di razionalizzazione della finanza pubblica*.

¹⁰ XIII Legislatura, Izba Deputowanych, akt parlamentarny nr 2372 (*XIII Legislatura, Camera dei Deputati, atto parlamentare n. 2372*), s. 32–33.

¹¹ Decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 471 – dalej: d.lgs. 471/1997 – *Riforma delle sanzioni tributarie non penali in materia di imposte dirette, di imposta sul valore aggiunto e di riscossione dei tributi, a norma dell'articolo 3, comma 133, lettera q), della legge 23 dicembre 1996, n. 662*.

Na podstawie ustawy 662/1996 wydano także dekret ustawodawczy z dnia 18 grudnia 1997 r. nr 472 – Ogólne przepisy w przedmiocie sankcji administracyjnych za naruszenie norm skarbowych, [wydane] na podstawie art. 3 ust. 133 ustawy z dnia 23 grudnia 1996 r. nr 622¹² (GU nr 5 z dnia 8 stycznia 1998 r. – Dodatek zwyczajny nr 4). Obecna regulacja *ravvedimento operoso* znajduje się właśnie w art. 13 tego dekretu, jednakże pewne znaczenie dla stosowania tej instytucji mają także przepisy d.lgs. 471/1997.

Ze zmian legislacyjnych, jakie dotknęły tę instytucję, należy wskazać zmiany wprowadzone przez dwie niedawne ustawy: z dnia 23 grudnia 2014 r. nr 190 – Przepisy dla ukształtowania bilansu rocznego i wieloletniego Państwa (GU nr 300 z dnia 29 grudnia 2014 r. – Dodatek zwyczajny nr 99)¹³, a także z dnia 28 grudnia 2015 r. nr 208 – Przepisy dla ukształtowania bilansu rocznego i wieloletniego Państwa (GU nr 302 z dnia 31 grudnia 2015 r. – Dodatek zwyczajny nr 70)¹⁴. Z tą ostatnią ustawą wiąże się także dekret ustawodawczy z dnia 24 września 2015 r. nr 158 – Rewizja systemu sankcyjnego, w wykonaniu art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2014 r. nr 23 (GU nr 233 z dnia 7 października 2015 r. – Dodatek zwyczajny nr 55)¹⁵. W efekcie wskazanych reform zaczęto mówić o nowym *ravvedimento operoso*¹⁶.

Natomiast polska instytucja swoją historię rozpoczęła w 2008 r., kiedy do ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz.U. 2015 poz. 613 ze zm.; dalej: o.p.) w art. 56 dodano paragrafy 1a i 1b (Dz.U. nr 209 poz. 1318). Celem regulacji było stworzenie premii dla podatników, którzy dobrowolnie zapłacą zaległość podatkową¹⁷. Była to propozycja Komisji Sejmowej „Przyjazne Państwo”, jednakże w pracach uwzględniono propozycje rządowe.

Regulacje te zostały zastąpione w 2015 r. przez obecnie obowiązujący art. 56a (Dz.U. poz. 1649), który w dużej mierze stanowi powtórzenie poprzedniej regulacji. W uzasadnieniu do tej ustawy wskazano na motywacyjny charakter tych regulacji, a także ich wpływ na ograniczenie wszczynania procedur mających na celu zagwarantowanie wykonania prawa podatkowego¹⁸.

O ile więc, wprowadzając przedmiotowe instytucje, we włoskich projektach wskazywano na dysfunkcyjny charakter dotychczasowego systemu represji i szansę naprawienia tej sytuacji, o tyle w polskich nacisk kładziono na kwestię zróżnicowania sytuacji osoby, która dobrowolnie reguluje swoje zobowiązanie podatkowe,

¹² *Decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 472* – dalej: d.lgs. 472/1997 – *Disposizioni generali in materia di sanzioni amministrative per le violazioni di norme tributarie, a norma dell'articolo 3, comma 133, della legge 23 dicembre 1996, n. 662*.

¹³ *Legge 23 dicembre 2014, n. 190. Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2015)*.

¹⁴ *Legge 28 dicembre 2015, n. 208. Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2016)*.

¹⁵ *Decreto legislativo 24 settembre 2015. Revisione del sistema sanzionatorio, in attuazione dell'articolo 8, comma 1, della legge 11 marzo 2014, n. 23. Vide art. 15–16*.

¹⁶ Agencja Przychodów, *Okólnik nr 42/E*, Rzym 2016. *Agenzia dell'Entrate, Circolare n. 42/E*, Roma 2016. Dostępny w języku włoskim na: www.agenziaentrate.gov.it, 31.12.2016.

¹⁷ Druk sejmowy VI kadencji nr 906.

¹⁸ Druk sejmowy VII kadencji nr 3462, Uzasadnienie, s. 39.

od osoby, która czyni to wskutek działań organów. W obu jednak wypadkach wskazano na zwiększenie efektywności systemu podatkowego oraz ograniczenie zastosowania uciążliwych procedur.

Przedstawione instytucje mają ten sam cel – zachęcić podatników do samodzielnego ujawniania własnych błędów i ich naprawiania¹⁹. Warto wskazać, że przyjęcie tego typu rozwiązań jest zalecane przez Unię Europejską²⁰.

4. Obecne unormowanie (modele)

Omawianie przedmiotowych instytucji należy zacząć od wskazania, w jakich sytuacjach mogą one znaleźć zastosowanie. Jak już wspomniano, z *ravvedimento operoso* można skorzystać w przypadku sankcji skarbowych niekarnych, czyli administracyjnych, które wymierzane są za naruszenie norm prawa skarbowego.

Jednakże poszczególne litery ustępu pierwszego w art. 13 d.lgs. 472/1997, które odnoszą się do różnych form *ravvedimento operoso*, wskazują określone okoliczności, w których można z nich skorzystać. W konsekwencji można stwierdzić, że instytucja ta znajduje zastosowanie przede wszystkim w razie niedokonania lub dokonania w sposób błędny zapłaty, a także (w mniejszym zakresie) niezłożenia lub złożenia w sposób błędny deklaracji. W mniejszym zakresie dotyczy ona także innych uchybień prawu podatkowemu.

Przechodząc do polskiej regulacji, należy wskazać, że oczywistym *conditio sine qua non* dla obniżenia stawki odsetek za zwłokę jest wystąpienie sytuacji, w której takie odsetki są naliczane. W przeciwieństwie do prawa włoskiego, gdzie zakres możliwego zastosowania redukcji sankcji nie jest w pełni tożsamy z zakresem zastosowania sankcji, polskie obniżenie stawki odsetek za zwłokę może znaleźć zastosowanie w takim samym zakresie, w jakim występują odsetki za zwłokę.

Nalicza się je przede wszystkim od zaległości podatkowych (art. 53 § 1 o.p.), tj. niezapłaconego w terminie płatności podatku, podobnie w przypadku zaliczki na podatek, rat podatku lub należności z tych tytułów od płatnika bądź inkasenta (art. 51 o.p.), błędnej nadpłaty lub zwrotu podatku (art. 53 § 1 w związku z art. 52 o.p.), a także pobranego, a nienależnego w części lub w całości wynagrodzenia płatnika lub inkasenta – w wysokości określonej decyzją organu podatkowego (art. 52a o.p.). Odsetki za zwłokę naliczane są także od niezapłaconych w terminie zaliczek na podatek w części przekraczającej wysokość podatku za należnego za okres rozliczeniowy (art. 53 § 2 o.p.).

Ponadto odsetki za zwłokę są naliczane w razie niezłożenia w terminie deklaracji lub popełnienia w niej określonego w ustawie błędu, jeśli stwierdził to organ podatkowy w postępowaniu podatkowym (art. 53a o.p.). Wskazane błędy powiązane są z określeniem wysokości zaliczek lub ich nieopłaceniem w części lub w całości.

Całość zakresu zastosowania polskiej instytucji dopełniają wyłączenia określone w art. 54 o.p. Poszczególne przypadki wskazane w tym przepisie wskazują, w jakich

¹⁹ Por. dokumentacja prac legislacyjnych wskazana w przypisach 6, 9, 16, 17.

²⁰ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie konkretnych sposobów usprawnienia walki z oszustwami podatkowymi i uchylaniem się od opodatkowania, w tym w odniesieniu do państw trzecich z dnia 27 czerwca 2012 r. COM (2012) 351, s. 10.

okresach nie nalicza się odsetek za zwłokę. Ponadto wskazuje on, że nie nalicza się ich, gdy mają zbyt małą wartość (art. 54 § 1 pkt 5).

Z powyższego wynika, że zakres zastosowania polskiej regulacji jest węższy, lecz bardzo podobny do *ravvedimento operoso* – obie instytucje dotyczą przede wszystkim błędów (w tym w postaci niedokonania) związanych z zapłatą określonej należności lub złożeniem deklaracji. Wydawałoby się, że polska regulacja jest w tym względzie jednak dalece bardziej szczegółowa, a w konsekwencji skomplikowana. Jednakże biorąc pod uwagę regulacje dotyczące zastosowania poszczególnych form *ravvedimento operoso* (por. poniżej), należałoby postawić tezę przeciwną.

Przechodząc do przesłanek, jakie należy spełnić, aby skorzystać z dobrodziejstwa przedmiotowych instytucji, należy wskazać, że możliwość skorzystania z obniżonej stawki odsetek za zwłokę jest możliwa wyłącznie na skutek działania z własnej inicjatywy. Nie można z niej skorzystać, gdy zainteresowanemu doręczono zawiadomienie o zamiarze wszczęcia kontroli (gdy takiego zawiadomienia się nie doręcza – po zakończeniu kontroli podatkowej), ani w przypadku, gdy korekta została dokonana w wyniku czynności sprawdzających (art. 56a § 3 o.p., wcześniej art. 56 § 1b o.p.).

Warto wskazać, że w pierwotnym projekcie z 2008 r. nie przewidziano warunku działania z własnej inicjatywy, co słusznie Sąd Najwyższy wskazał w swojej opinii jako błąd, wskazując, że przyczyny złożenia takiej deklaracji mogą być różne²¹. Kwestię tę podniósł także rząd w przesłanej przez siebie opinii, w której zaproponował dodanie tego warunku w brzmieniu, jakie dotrwało do dnia dzisiejszego mimo zmiany artykułu²².

Warunek ten w swej istocie jest wspólny regulacji polskiej i włoskiej – art. 13 ust. 1 d.lgs. 472/1997 wskazuje, że z *ravvedimento operoso* można skorzystać jeżeli: 1) naruszenie prawa nie zostało jeszcze ustalone i zakomunikowane zainteresowanemu, 2) a także nie wszczęto inspekcji lub weryfikacji, 3) ani innego administracyjnego działania kontrolnego zakomunikowanego zainteresowanemu. W ramach nowego *ravvedimento operoso* warunek ten nie ma jednak zastosowania do podatków administrowanych przez Agencję Przychodów, z wyjątkiem zawiadomienia o działaniach kontrolnych (art. 13. ust. 1-ter d.lgs. 472/1997).

Jednakże w szczegółach widoczne są tutaj różnice – w Polsce kluczowe jest zawiadomienie zainteresowanego o zamiarze kontroli lub (w braku zawiadomienia) zakończenie procedury, we Włoszech zaś każdorazowo wszczęcie procedur (z wyjątkiem podatków administrowanych przez Agencję Przychodów – w tym wypadku znaczenie ma, podobnie jak w Polsce, zawiadomienie). W Polsce ponadto dokonanie korekty w wyniku postępowania także uniemożliwia skorzystanie z obniżonych stawek – pewnym podobieństwem jest tutaj włoska przesłanka ustalenia i zakomunikowania naruszenia prawa zainteresowanemu.

²¹ Pismo znak BSA III-021-114/08 *Uwagi do projektu ustawy o zmianie ustawy – Ordynacja podatkowa nadesłanego przy piśmie Zastępcy Szefa Kancelarii Sejmu p. Lecha Czapli z dnia 23 lipca 2008 r. nr PS – 192/08* [w:] druk sejmowy VI kadencji nr 906.

²² Pismo do druku sejmowego VI kadencji nr 906.

Oprócz przesłanek negatywnych istnieją także przesłanki pozytywne warunkujące możliwość skorzystania z przedmiotowych instytucji – w tej kwestii występują większe różnice.

Prawo polskie przewiduje dwa warunki. Po pierwsze, złożenie prawnie skutecznej korekty deklaracji podatkowej w ciągu 6 miesięcy od upływu terminu do jej złożenia. Warunek ten wyłącza z zakresu zastosowania tej instytucji wszelkie sytuacje, w których nie składa się deklaracji, czyli kiedy zobowiązanie podatkowe nie powstaje *ex lege*, lecz na mocy decyzji ustalającej²³. Po drugie, dokonanie zapłaty całej kwoty, tj. zaległości podatkowej wraz z odsetkami w terminie 7 dni od złożenia korekty – jest to termin o charakterze materialnoprawnym, wobec czego można do niego zastosować odroczenie przewidziane w art. 48 o.p.²⁴ Obowiązuje tu zasada samoobliczenia, tj. obliczenia należnej kwoty przez zainteresowanego (art. 53 § 3 o.p.).

Warto wskazać, że przed wprowadzeniem regulacji z 2015 r. w doktrynie i judykaturze²⁵ ujawnił się spór, czy przesłankę zapłaty całości kwoty zaległości podatkowej oraz odsetek należy rozumieć w ten sposób, że jest ona spełniona także wtedy, gdy zobowiązanie to wygaśnie w inny sposób niż zapłata²⁶. Naprzeciw temu problemowi wychodzi jedyna nowość wprowadzona w 2015 r. – art. 56a § 2 o.p., który wskazuje, że obniżoną stawkę stosuje się również w razie złożenia w tym terminie także wniosku skutkującego zaspokojeniem zaległości podatkowej poprzez zaliczenie na jej poczet nadpłaty bądź zwrotu podatku albo poprzez potrącenie lub przeniesienie własności lub praw majątkowych w trybie art. 66 o.p.

Prawo włoskie wskazuje wyłącznie dokonanie „uregulowania” jako warunek skorzystania z *ravvedimento operoso*. W przypadku naruszenia norm prawa skarbowego w przedmiocie zapłaty należności polega ono na jednoczesnej wpłacie należnego podatku, sankcji administracyjnej w obniżonym wymiarze, a także odsetek za zwłokę naliczanych codziennie (art. 13 ust. 2 d.lgs. 472/1997). Podobnie i w tym wypadku obowiązany sam wylicza należną kwotę. W drodze wyjątku o możliwości skorzystania z tej instytucji decyduje złożenie deklaracji – dotyczy to wyłącznie błędu polegającego na niezłożeniu deklaracji w terminie (por. niżej).

Warto zwrócić uwagę na sposób wyliczenia kwoty, jaką należy zapłacić fiskusowi, aby skorzystać z przedmiotowych regulacji. W Polsce kwotę tę wylicza się wedle następującego wzoru (opracowanie własne – na potrzeby porównawcze wzór został przedstawiony odmiennie niż w rozporządzeniu Ministra Finansów²⁷):

²³ L. Etel [w:] J. Brolik et. al., *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, LEX 2013, komentarz do art. 56.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 20 listopada 2013 r., sygn. akt I FSK 1708/12, a także wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 6 marca 2012 r., sygn. akt III SA/Wa 1753/11.

²⁶ H. Dzwonkowski [w:] *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, red. H. Dzwonkowski, Warszawa 2014, komentarz do art. 56 pkt. 3.

²⁷ Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 22 sierpnia 2005 r. w sprawie naliczania odsetek za zwłokę oraz opłaty prolongacyjnej, a także zakresu informacji, które muszą być zawarte w rachunkach (Dz.U. 2005 nr 165 poz. 1373 ze zm.). W dodanym w 2008 r. § 2a. wskazany wzór wskazuje od razu

$$K = Z_p \left(1 + \frac{D_z \times S_o \times S_r}{D_r} \right)$$

Gdzie: K – kwota do zapłaty, Z_p – zaległość podatkowa, D_z – liczba dni zwłoki w okresie o danej stawce odsetek za zwłokę, D_r – liczba dni w roku, S_o – stawka odsetek za zwłokę w stosunku rocznym (aktualnie 8% w skali roku²⁸), S_r – stawka redukcji sankcji (50%, tj. $\frac{1}{2}$, a przed zmianą z 2015 r. 75%, tj. $\frac{3}{4}$). Jeżeli w okresie naliczania odsetek za zwłokę nastąpiła zmiana stawki odsetek za zwłokę, odsetki (przedstawiony wyżej ułamek) wylicza się odrębnie dla każdego okresu o jednakowej stawce.

Natomiast we Włoszech, w przypadku niezapłacenia podatku, kwota do jednoczesnej zapłaty, z wyjątkiem *ravvedimento sprint*, jest obliczana w następujący sposób (opracowanie własne):

$$K = Z_p \left(1 + S_a \times S_r + \frac{D_z \times S_o}{D_r} \right)$$

Gdzie: K – kwota do zapłaty, Z_p – zaległość podatkowa, S_a – stawka bazowa sankcji (15% lub 30%), S_r – stawka redukcji sankcji (por. poniżej), D_z – dni zwłoki w okresie o danej stawce odsetek (tj. ilość dni zwłoki w danym roku – por. niżej), D_r – ilość dni w roku, S_o – stawka odsetek za zwłokę.

Obecny kształt regulacji odnoszących się do stawki bazowej sankcji jest efektem wspomnianych reform z lat 2014-2015, w wyniku których powstało tzw. *nuovo ravvedimento operoso*. Stawkę tę określa art. 13 d.lgs. 471/1997 który wskazuje, że w razie braku lub niepełnej wpłaty sankcja wynosi 30%, chyba że uregulowanie nastąpi z opóźnieniem nieprzekraczającym 90 dni – w takim wypadku sankcja jest zmniejszana o połowę (czyli wynosi 15%). Należy jednak podkreślić, że nie dotyczy to *ravvedimento sprint*, czyli uregulowania z opóźnieniem nieprzekraczającym 14 dni. Ponadto należy podkreślić, że stawka ta jest inna w przypadku innych typów wykroczeń niż związane z zapłatą.

Ustawa 662/1996 w art. 2 ust. 185 określiła, że Minister Ekonomii i Finansów może modyfikować stawkę odsetek za zwłokę określoną w art. 1284 kodeksu cywilnego biorąc pod uwagę wskazane czynniki – w efekcie dla każdego roku określona jest inna stawka odsetek za zwłokę (dla 2016 r. jest to 0,2% w skali roku, a w 2017 r. wyniesie 0,1% rocznie²⁹).

Jak widać przedmiotem zastosowania ulgi wobec zainteresowanego we Włoszech jest sankcja administracyjna za naruszenie norm prawa skarbowego, natomiast w Polsce – w braku takich sankcji – odsetki za zwłokę. Należy podkreślić, że zarówno w Polsce,

obniżoną stawkę odsetek za zwłokę – stawkę tę odrębnie podaje się także w obwieszczeniu (por. następny przypis).

²⁸ Obwieszczenie Ministra Finansów z dnia 4 stycznia 2016 r. – w sprawie stawki odsetek za zwłokę od zaległości podatkowych, obniżonej stawki odsetek za zwłokę od zaległości podatkowych oraz podwyższonej stawki odsetek za zwłokę od zaległości podatkowych (M.P. 2016 poz. 20).

²⁹ Dekrety: z dnia 11 grudnia 2015 r. (GU nr 291 z dnia 15 grudnia 2015 r.) oraz z dnia 7 grudnia 2016 r. (GU nr 291 z dnia 14 grudnia 2016 r.). *Decreto 11 dicembre 2015, decreto 7 dicembre 2016*.

jak i we Włoszech błąd w powyższych obliczeniach skutkuje zastosowaniem sankcji w pełnym wymiarze³⁰.

Regulacje polskie są nie tylko młodsze od unormowań włoskich, lecz także prostsze. Włoski prawodawca wprowadził wiele różnych obniżonych stawek sankcji administracyjnych – w zależności od czasu dokonania korekty a także rodzaju błędu.

Jeżeli uregulowanie zostanie dokonane w ciągu 14 dni od niedokonania zapłaty, sankcja jest naliczana za każdy dzień w wysokości 1/15 (stawka dzienna) z 1/10 (sankcja obniżona) z 15% (sankcja podstawowa) niewpłaconej należności (czyli w wysokości 0,1% za każdy dzień). Tę formę nazywa się potocznie *ravvedimento sprint* (art. 13 ust. 1 *in fine* d.lgs. 471/1997).

Jeżeli uregulowanie nastąpi do 30 dnia od niedokonania zapłaty, sankcja wynosi 1/10 (sankcja obniżona) z 15% (sankcja bazowa), czyli 1,5% niewpłaconej kwoty. Tę formę nazywa się potocznie *ravvedimento breve* (art. 13 ust. 1 lit. a d.lgs. 472/1997).

Warto zwrócić uwagę na relację między *r. sprint* a *r. breve*. Przepisy mówiąc o *r. sprint* mówią o 15 dniach opóźnienia, jednakże wysokość sankcji w 15 dniu wyliczona w sposób właściwy dla *r. sprint* jest równa sankcji wyliczonej w ramach *r. breve*, stąd w praktycznych poradnikach 15 dzień zalicza się już do *r. breve*. Cechą typową dla tych form *ravvedimento operoso* jest to, że dotyczą wyłącznie niezapłacenia należności w terminie.

Kolejna forma (tzw. *ravvedimento intermedio*; wprowadzone w ramach tzw. *nuovo ravvedimento operoso*) dotyczy uregulowania dokonanego w terminie 90 dni. Jednakże zakres naruszeń, co do których można skorzystać z tej instytucji, jest już znacznie szerszy. Dotyczy on w pierwszej kolejności błędów i pominieć, także w odniesieniu do określenia lub zapłacenia należności – w takim wypadku 90 dni liczy się od daty błędu lub pominięcia. W drugiej kolejności dotyczy on błędów i pominieć dokonanych w deklaracji – w tym wypadku 90 dni liczy się od upływu terminu do złożenia deklaracji, w której dokonano błędu lub pominięcia. Sankcja w takim wypadku wynosi 1/9 sankcji podstawowej, która wynosi 15% w przypadku naruszeń związanych z zapłatą, czyli ok. 1,67% zaległości (art. 13 ust. 1 lit. a-bis d.lgs. 472/1997).

Uregulowanie *r. intermedio* doczekało się własnego okólnika z wyjaśnieniami ze strony Agencji Przychodów³¹. Wskazano w nim, że przepis ten należy interpretować w ten sposób, że dotyczy on: 1) niedokonanych wpłat (hipoteza wspólna *r. breve*, a w konsekwencji także i *r. sprint*), 2) naruszenia dokonanego poprzez deklarację – swoista dla lit. a-bis hipoteza, 3) pozostałych naruszeń – w przypadku których obniżenie sankcji jest większe niż przewidziane w lit. b.

Kolejne formy *ravvedimento operoso* odnoszą się już ogólnie do błędów i ominięć, warunkując możliwość skorzystania w ich wypadku z tej instytucji od tego, czy zapłata zostanie dokonana:

- 1) w terminie do złożenia deklaracji za rok podatkowy, w którym dokonano naruszenia prawa, a gdy takiej deklaracji się nie składa – w ciągu roku od jego popełnienia; stawka obniżenia sankcji równa jest w tym wypadku 1/8 (lit. b);

³⁰ L. Etel [w:] J. Brolik et al., *op.cit.*

³¹ Agencja Przychodów, *Okólnik nr 23/E*, Rzym 2015. *Agenzia dell'Entrate, Circolare n. 23/E, Roma 2015*. Dostępny w języku włoskim na: www.agenziaentrate.gov.it, 31.12.2016.

2) w terminie do złożenia deklaracji za rok podatkowy następujący po tym, w którym dokonano naruszenia prawa, a gdy takiej deklaracji się nie składa – w terminie 2 lat od jego popełnienia; stawka obniżenia sankcji równa jest w tym wypadku 1/7 (lit. b-bis);

3) w dłuższym terminie; stawka obniżenia sankcji wynosi w tym wypadku 1/6 (lit. b-ter).

We wszystkich tych wypadkach sankcja bazowa w przypadku niedokonanej lub niepełnej zapłaty wynosi już 30%. Formy te nazywa się *ravvedimento lungo*, można też znaleźć określenie *ravvedimento lunghissimo* na określenie ostatnich dwóch przypadków. Wszystkie te formy znajdują zastosowanie wyłącznie do podatków administrowanych przez Agencję Przychodów (art. 13 ust. 1-bis d.lgs. 472/1997).

Ponadto istnieją dwa specjalne typy *ravvedimento operoso*. Pierwszy dotyczy uregulowania po ustaleniu naruszenia prawa w rozumieniu art. 24 ustawy z dnia 7 stycznia 1929 r. nr 4 (GU z dnia 14 stycznia 1929 r., nr 11), z wyjątkiem naruszeń określonych w art. 6 ust. 3 oraz w art. 11 ust 5 d.lgs. 471/1997. Sytuacja ta ma miejsce w razie uregulowania wskutek ustaleń kontrolnych, lecz przed notyfikowaniem przez organ podatkowy dalszych działań. Stawka obniżenia sankcji wynosi 1/5. Forma ta nosi nazwę *ravvedimento su processo verbale da costatazione, ravvedimento su p.v.c* (art. 13 ust. 1 lit. b-quater d.lgs. 472/1997).

Drugi typ odnosi się do niezłożenia w terminie deklaracji, jeżeli jest ona złożona z opóźnieniem nie większym niż 90 dni, a w przypadku deklaracji okresowej na potrzeby podatku od wartości dodanej – 30 dni. W takim wypadku stawka obniżenia sankcji wynosi 1/10 (art. 13 ust. 1 lit. c d.lgs. 472/1997).

Natomiast ustawodawca polski wprowadził wyłącznie jedną obniżoną stawkę odsetek za zwłokę – wynoszącą 50% normalnej stawki, czyli obecnie 4% (przed zmianą z 2015 r. – 75% stawki normalnej). Za niecelowe i szkodliwe uznano proponowane w opiniach do rządowego projektu wprowadzenie dwóch stawek (50% oraz 75% – w zależności od czasu złożenia deklaracji, odpowiednio: do poł roku i powyżej)³². Podkreślić należy, że tak jak jest jedna stawka, jeden też jest termin na złożenie deklaracji – 6 miesięcy.

W tym kontekście warto jednak wskazać na pewną dywersyfikację stawki odsetek za zwłokę dokonaną poprzez dodanie w 2015 r. także podwyższonej stawki odsetek za zwłokę, dla sektorów o podwyższonym ryzyku³³.

W tym kontekście należy wskazać, że stawka odsetek za zwłokę w Polsce jest ustalana (przynajmniej w teorii) z dala od polityków oraz na podstawie sytuacji rynkowej³⁴, co ma jej przydać zobiektywizowanego charakteru³⁵. Wysokość włoskich stawek ustala bezpośrednio minister – zobiektywizowanie ma tutaj wynikać ze wskazania kryteriów, na podstawie których określa on wysokość stawki odsetek za zwłokę. W obu wypadkach zmieniają się one w zasadzie corocznie.

³² Raport z konsultacji w sprawie projektu ustawy o zmianie ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw (27.04.2015 r.), s. 18-19, [w:] druk sejmowy VII kadencji nr 3462.

³³ Druk sejmowy VII kadencji nr 3462, Uzasadnienie, s. 43-45.

³⁴ L. Etel [w:] J. Brolik et. al., *op.cit.*

³⁵ S. Babiarz [w:] S. Babiarz, *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 381 i nast.

Biorąc ponadto pod uwagę fakt, że wysokość sankcji we Włoszech jest określona wprost w prawie, można stwierdzić, że wymiar sankcji za niewykonanie obowiązków podatkowych we Włoszech jest w pewnym stopniu bardziej zależny od polityków niż w Polsce.

5. Problemy jurydyczne i doktrynalne (praktyka)

Omawiając warunek złożenia prawnie skutecznej korekty deklaracji podatkowej warto wskazać stanowisko Sądu Najwyższego z 2008 r. co do wadliwości jego sformułowania – wszak w braku definicji „prawnie skutecznej korekty deklaracji podatkowej” rodzi się pytanie o to, kiedy to następuje³⁶. Należy przy tym pamiętać, że właśnie od tego momentu biegnie termin na dokonanie zapłaty stanowiącej jeden z warunków zastosowania obniżonej stawki odsetek za zwłokę. Obawy Sądu Najwyższego nie znajdują jednak potwierdzenia w judykaturze, ani w doktrynie³⁷.

Lwia część orzecznictwa oraz doktryny na gruncie art. 56 §§ 1a i 1b o.p. skupiła się natomiast na problemie intertemporalnego stosowania tej instytucji. Kwestia sporna dotyczyła tego, czy składając korektę deklaracji po wejściu w życie przedmiotowej regulacji (tj. po 1 stycznia 2009 r.) można zastosować obniżoną stawkę odsetek za zwłokę także za okres przypadający przed tą datą.

Wbrew stanowisku Ministra Finansów³⁸ Naczelny Sąd Administracyjny uznał, że obniżoną stawkę odsetek za zwłokę można stosować także do okresów przed 1 stycznia 2009 r. Stanowisko swoje motywował tym, że zakaz retroaktywności dotyczy regulacji niekorzystnych dla obywateli, zaś przedmiotowa instytucja jest dla nich korzystna, więc nic nie stoi na przeszkodzie, by stosować ją także do okresów zanim weszła w życie³⁹.

Warto także wskazać problem, czy z obniżonej stawki odsetek za zwłokę można skorzystać także wtedy, gdy zapłata nastąpi przed złożeniem deklaracji – Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie zaakceptował taką możliwość⁴⁰.

Orzecznictwo włoskiego Najwyższego Sądu Kasacyjnego (*Corte suprema di cassazione*; dalej: NSK) w przedmiocie *ravvedimento operoso* również prezentuje dość monotonną paletę problemów.

Podstawowym z nich jest określenie, w jakim przypadku dokonane przez podatnika *ravvedimento operoso* jest ważne. W tej kwestii należy wskazać na rozróżnienie *r. rateale*

³⁶ Pismo znak BSA III-021-114/08 *Uwagi...*

³⁷ Por. S. Babiarsz [w:] S. Babiarsz, *op.cit.*

³⁸ Interpretacja ogólna nr PK4/8012/18/LJO/09/58 Ministra Finansów z dnia 12 lutego 2009 r. o sprawie stosowania art. 56 § 1a i art. 165b § 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz.U. 2005 nr 8 poz. 60 z późn. zm.). Podobnie L. Etel [w:] J. Brolik et al., *op.cit.* Por. także wyrok WSA w Warszawie z dnia 11 kwietnia 2011 r., sygn. akt III SA/Wa 2380/10.

³⁹ Por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 6 marca 2012 r., sygn. akt I FSK 666/11, a także z dnia 7 czerwca 2013 r., sygn. akt I FSK 1234/12. Podobnie S. Babiarsz [w:] S. Babiarsz, *op.cit.* Por. także A. Sarna, *Glosa do wyroku WSA z dnia 6 marca 2011 r., III SA/Wa 1753/11*, PP 8/2012, s. 47–48.

⁴⁰ Por. wyrok WSA w Warszawie z dnia 7 września 2012 r., sygn. akt III SA/Wa 3271/11, a także z dnia 20 listopada 2012 r., sygn. akt III SA/Wa 947/12, a także z dnia 26 listopada 2012 r., sygn. akt III SA/Wa 848/12.

oraz *r. frazionato*, odpowiednio: ratalne i częściowe. Różnica tkwi w tym, że *r. frazionato* polega na wpłaceniu w terminie części zaległości wraz z odpowiadającą jej kwotą sankcji oraz odsetek.

Agencja Przychodów dopuszcza ważność takiego *ravvedimento* wskazując, że sankcję w pełnej wartości należy w takim wypadku liczyć od niezapłaconej części zaległości. Za decydujące w uznaniu jego skuteczności uznano wykazanie w formularzu płatniczym kwoty sankcji, co wskazuje na chęć skorzystania przez zainteresowanego z tej instytucji⁴¹.

Natomiast w przypadku zapłacenia w ramach danego terminu innej kwoty niż całość lub część zaległości wraz z odpowiadającą kwotą sankcji oraz odsetek, nie można mówić o ważności dokonanego *ravvedimento*. W tej kwestii należy wskazać postanowienie Izby Piątej Cywilnej (tzw. Skarbowej) NSK z dnia 9 czerwca 2011 r. nr 12661⁴², w myśl którego *ravvedimento operoso* ma miejsce wyłącznie w przypadku jednoczesnej zapłaty całości zaległości, sankcji oraz odsetek. Niepełna zapłata powoduje nieważność całej operacji, a w konsekwencji możliwość zastosowania sankcji w pełnym wymiarze od całości zaległości. Podobnie sąd ten wyraził się w postanowieniu nr 14298 z 8 sierpnia 2012 r.,⁴³ w którym stwierdził, że osoba, która się pomyliła w wyliczeniu kwoty do zapłacenia w ramach *ravvedimento operoso*, nie może powoływać się na swoją dobrą wiarę. Z ostatniego orzecznictwa warto wskazać wyrok z dnia 15 kwietnia 2016 r. nr 7479⁴⁴. Wynika z tego, że konieczne jest zapłacenie całej kwoty.

Również w orzecznictwie włoskim pojawił się problem intertemporalnego stosowania przepisów w związku z licznymi zmianami w uregulowaniu *ravvedimento operoso*, a także niejasnymi przepisami w przedmiocie stosowania przepisów w okresach przejściowych⁴⁵.

Ponadto w orzecznictwie wskazano, że skorzystanie z tej instytucji jest równoznaczne z uznaniem naruszenia prawa oraz zasadności zastosowania sankcji, a zatem nie można w tym przypadku występować o zwrot wpłaconej kwoty za wyjątkiem istotnych i uznanych błędów formalnych, gdyż taki wniosek jest dopuszczalny wyłącznie w razie sankcji nałożonych przez administrację⁴⁶.

6. Wnioski

Porównywane instytucje, choć na różny sposób, służą temu samemu celowi – zachęceniu podatników do samodzielnego ujawniania własnych przewinień i ich naprawiania w zamian za obniżenie negatywnych konsekwencji. Dotyczą sankcji o podobnym, administracyjnym, charakterze. W obu wypadkach zakładają samodzielne działanie

⁴¹ Agencja Przychodów, *Okólnik nr 27/E/2013*, Rzym 2013. *Agenzia dell'Entrate, Circolare n. 27/E/2013, Roma 2013*. Dostępny w języku włoskim na: www.agenziaentrate.gov.it, 31.12.2016.

⁴² *Cassazione civile, sezione quinta civile, ordinanza n. 12661 del 9 giugno 2011*.

⁴³ *Cass. civ., sez. quinta civile, ordinanza n. 14298 del 8 agosto 2012*.

⁴⁴ *Cass. civ., sez. quinta civile, sentenza n. 7479 del 15 aprile 2016*.

⁴⁵ *Cass. civ., sez. quinta civile, sentenza n. 6108 del 30 marzo 2016*.

⁴⁶ *Ibidem*, a także *cass. civ., sez. quinta civile, sentenza n. 26545 del 21 dicembre 2016*.

zainteresowanego, nakładając na niego obowiązek prawidłowego wyliczenia kwoty do zapłacenia celem uzyskania redukcji sankcji.

Odwołując się do znanych strategii rozwiązywania sporów – unikanie, uległość, dominacja, kompromis, kooperacja – można wskazać te instytucje jako przykłady pewnego rodzaju kooperacji: zaspokaja ona interes zarówno państwa, któremu zależy na przywróceniu stanu zgodnego z prawem, jak również obywatela, który chce uniknąć w możliwie największym stopniu negatywnych skutków własnego działania.

Polskie regulacje są prostsze od unormowań włoskich zarówno w kwestii ilości stawek, jak i wzoru, wedle którego wylicza kwotę, jaką należy zapłacić fiskusowi. Z drugiej strony przepisy włoskie mają szerszy zakres zastosowania, jak również stawiają mniej warunków skorzystania z przedmiotowej instytucji. Mimo to, ze względu przede wszystkim na wielość form, pozostają zdecydowanie skomplikowane dla użytkowników. W tym względzie rację należy przyznać opiniom wyrażonym w ramach rządowego projektu z 2015 r., które wskazywały na negatywne skutki zbyt dużej ilości stawek.

W konsekwencji powyższego, a także ze względu na dłuższy czas funkcjonowania, *ravvedimento operoso* jest jak dotąd źródłem wielu sporów sądowych. W przeciwieństwie do polskiego obniżenia stawki odsetek za zwłokę, które postawiło przed orzecznictwem przede wszystkim problem intertemporalnego stosowania. Jednakże biorąc pod uwagę upływ czasu, problem ten musi stracić na znaczeniu, ustępując miejsca innym.

* * *

Prodigal Taxpayer's Return: Reduction of Interest for Delay Rates and *ravvedimento operoso* (Comparative Law Study)

Only those who do nothing do not make mistakes. Since everyone pays taxes, everyone is vulnerable to making mistakes in tax matters. The analysed institutions provide opportunity to reduce sanctions for violating tax duties in exchange for voluntary disclosure and law restitution as well as paying interests for delay and (if that is required) fine.

Relevant law provisions with applicable amendments as well as proper documents made within legislative works are the subject of the analysis in the first place. Then current models of these institutions are analysed – current law provisions, doctrine and judicature are used for that purpose. Finally, relevant judicial problems are subject to analysis. In all these questions both Polish and Italian materials are used.

Key words: reductions of administrative penalties for tax law infringements, reduced interest rates for tax delay in Poland, reduced non-criminal tax penalties in Italy

Marcin Jędrysiak¹

**Podatnik prowadzący prace badawczo-
-rozwojowe polegające na wytworzeniu
wartości niematerialnej i prawnej i jego
potencjalna dyskryminacja na gruncie obecnie
funkcjonujących przepisów ustawy o podatku
dochodowym od osób prawnych**

Streszczenie:

Artykuł poświęcony jest uldze na prace badawczo-rozwojowe funkcjonującej w Polsce od 1 stycznia 2016 roku. Regulacja ta ma na celu stworzenie korzystniejszych warunków dla działalności innowacyjnej.

Wprowadzone przez polskiego ustawodawcę przepisy obarczone są jednak pewnymi wadami. Związane są one w szczególności z faktem niedostosowania tych przepisów do potrzeb podatników, których działania badawczo-rozwojowe mają na celu wytwarzanie dóbr niematerialnych bądź usług. Podatnicy tacy mogą mieć problem z preferencyjnym rozliczeniem kosztów oraz z zastosowaniem samej ulgi na prace-badawczo rozwojowe. Wynika to w dużej mierze z faktu, że polski ustawodawca wymaga, by wytworzenie wartości niematerialnej i prawnej zakończyło się sukcesem i nie przewiduje możliwości rozliczenia w drodze odpisów amortyzacyjnych wartości wytworzonych we własnym zakresie.

W artykule poddano powyższe problemy analizie w oparciu o materiał normatywny oraz poddano pod rozagę możliwe sposoby rozwiązania tych problemów na gruncie obecnie obowiązujących przepisów.

Słowa kluczowe: prawo podatkowe, podatek dochodowy od osób prawnych, ulga podatkowa, prace badawcze, prace rozwojowe, wartość niematerialna i prawna

¹ Doktorant na Katedrze Doktryn Politycznych i Prawnych Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego.

1. Wstęp

Od 1 stycznia 2016 r. w polskim systemie prawnym funkcjonuje ustawa o zmianie niektórych ustaw w związku ze wspieraniem innowacyjności². Wspomniany akt normatywny wprowadził do polskiego ustawodawstwa podatkowego szereg nowych uregulowań poświęconych wspieraniu innowacyjności. Pewne zmiany wprowadzono w zakresie przepisów o szkolnictwie wyższym czy Polskiej Akademii Nauk. Najwięcej miejsca i uwagi poświęcono jednak nowelizacjom ustaw podatkowych, co jest całkowicie zrozumiałe z punktu widzenia doniosłości tego zagadnienia z punktu widzenia działalności gospodarczej.

Jak wskazuje samo uzasadnienie projektu ustawy³, celem zmian jest usunięcie wielu istotnych barier prawnych napotykanych przez polskie instytucje naukowe, a także stworzenie zachęt fiskalnych dla przedsiębiorstw do podejmowania większego ryzyka. W tym celu zaproponowano m.in.:

- a) wprowadzenie i ujednolicenie definicji działalności badawczej i rozwojowej dla potrzeb rachunkowych i podatkowych, korzystając z pojęć zawartych w ustawie o zasadach finansowania nauki i mając na uwadze, że w przyszłości powinny być ujęte w obu aktach niezależnie, aby zagwarantować większą stabilność prawa podatkowego;
- b) wliczanie w koszty uzyskania przychodów wydatków poniesionych na działalność badawczą i rozwojową bez względu na końcowy wynik tej działalności;
- c) ustalenie przychodu jako podstawy odliczenia kosztów na badawczą i rozwojową;
- d) zróżnicowanie wsparcia ze względu na wielkość przedsiębiorstw – mikro, małe i średnie przedsiębiorstwa mogłyby dodatkowo odliczyć kwotę stanowiącą 50% poniesionych na prace badawcze i rozwojowe wydatków, podczas gdy duże przedsiębiorstwa 20%;
- e) zniesienie dotychczasowo funkcjonującej ulgi na nabycie nowych technologii⁴.

Zamierzenia te stały się podstawą do wypracowania nowego modelu ulgi na prace badawczo rozwojowe.

2. Rozwiązania wprowadzone przez ustawę o zmianie niektórych ustaw w związku ze wspieraniem innowacyjności

Mechanizm działania wspomnianej ulgi został uregulowany w art. 18d ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych⁵. Zgodnie z tym przepisem, do podstawy opodatkowania, ustalonej zgodnie z art. 18, odlicza się koszty uzyskania przychodów

² Ustawa z dnia 25 września 2015 r. o zmianie niektórych ustaw w związku ze wspieraniem innowacyjności (Dz.U. 2015 poz. 1767).

³ Druk sejmowy nr 3286 (Sejm VII kadencji), <http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/druk.xsp?nr=3286>, 20.10.2016, s. 2.

⁴ *Ibidem*, s. 6.

⁵ Ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz.U. 2014 nr 0 poz. 851 z późn. zm.), dalej także: updop. W artykule wzięto pod uwagę uregulowania jedynie przepisy updop, jednak analogiczne uregulowania znaleźć można także w przepisach ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych – uldze poświęcony jest art. 26e tej regulacji.

poniesione przez podatnika na działalność badawczo-rozwojową, zwane dalej „kosztami kwalifikowanymi”. Możliwe kategorie kosztów kwalifikowanych zostały wprost wymienione w ustawie. Procentowo wyznaczona granica możliwego odliczenia zależy od wielkości przedsiębiorstwa. Ponadto przewiduje się większe odliczenia dla wydatków wynikających z zatrudnienia na umowę o pracę pracownika w celu prowadzenia przez niego prac badawczo-rozwojowych (30%). Odliczenia dokonuje się w zeznaniu za rok podatkowy, w którym poniesiono koszty kwalifikowane. W przypadku jednak gdy podatnik poniósł za rok podatkowy stratę lub wielkość dochodu podatnika jest niższa od kwoty przysługujących mu odliczeń, odliczenia – odpowiednio w całej kwocie lub w pozostałej części – dokonuje się w zeznaniach za kolejno następujące po sobie trzy lata podatkowe następujące bezpośrednio po roku, w którym podatnik skorzystał lub miał prawo skorzystać z odliczenia.

Do ustawy wprowadzono także definicję prac badawczo-rozwojowych oraz z osobna: prac badawczych i prac rozwojowych. Działalność badawczo-rozwojowa oznacza, zgodnie z art. 4a pkt. 28 updog, działalność twórczą obejmującą badania naukowe lub prace rozwojowe, podejmowaną w sposób systematyczny w celu zwiększenia zasobów wiedzy oraz wykorzystania zasobów wiedzy do tworzenia nowych zastosowań. W ramach tej definicji zwrócić uwagę na należy na przesłanki twórczości oraz systematyczności prac⁶. Określenie znaczenia terminu „twórczość” może być formułowane z pomocą definicji utworu z ustawy o prawie autorskim oraz prawach pokrewnych⁷. Zgodnie z nimi, za utwór uważa się każdy przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiejkolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia. Postać utworu może być bardzo różnorodna i nie jest w żaden sposób ograniczana za pomocą zamkniętego katalogu⁸. Rozwiązanie takie daje z pewnością pewne wskazówki oraz intuicję znaczeniową dotyczącą rozpoznania cechy „twórczości”. Ze względu jednak na przyjmowany niekiedy w polskiej literaturze przedmiotu⁹ oraz orzecznictwie¹⁰ pogląd o autonomicznym charakterze prawa podatkowego, warto nie przydawać definicji z ustawy o prawach autorskich charakteru innego niż pomocniczy. Ponadto, zanim sięgniemy do wykładni systemowej, konieczne jest odniesienie się do wykładni językowej i do dyrektywy nakazującej odniesienie się do potocznego znaczenia danego słowa¹¹, często utożsamianego z rozumieniem słownikowym¹². Według słownika języka polskiego

⁶ A. Pałys, P. Borowiec, *Zmiany we wspieraniu innowacyjności w Polsce – czy na pewno na lepsze?*, Przegląd Podatkowy nr 4 (2016), s. 44.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. 1994 nr 24 poz. 83).

⁹ Zob. C. Kosikowski *Autonomia prawa podatkowego – głos krytyczny*, Przegląd Podatkowy nr 7 (2006), s. 8 i nast.; M. Koszowski, *Autonomia prawa podatkowego – za i przeciw*, Przegląd Prawa Publicznego, 11 (2013), s. 47 i nast.

¹⁰ Zob. Uchwała Naczelnego Sądu Administracyjnego z 2 kwietnia 2012 r., sygn. akt II FPS 3/11, Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 24 czerwca 2015 r., sygn. akt I FSK 389/14, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>.

¹¹ L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006, s. 89–93.

¹² A. Bielska-Brodziak, *Wykładnia językowa według orzecznictwa sądów administracyjnych*, Toruński Rocznik Podatkowy 2008, s. 9.

„twórczy” to tyle co „1. mający na celu tworzenie; odkrywczy, kreatywny; 2. będący wynikiem tworzenia; 3. dotyczący, skupiający twórców”¹³. Takie znaczenie słownikowe nie ogranicza formy twórczego efektu. Wobec możliwości dosyć intuicyjnego zrozumienia intencji ustawodawcy, jej spełnienie nie powinno być trudne do uzasadnienia.

Po drugie, prace te muszą być prowadzone systematycznie. „Należy przez to rozumieć nie tylko bieżące prowadzenie prac badawczo-rozwojowych rozpoczętych w przeszłości, ale także rozpoczęcie działalności w tym zakresie przy założeniu, iż podatnik w przyszłości planuje wykonywać tego rodzaju prace”¹⁴. Wydaje się, że systematyczność ma jednak wymiar nie tylko temporalny, ale i jakościowy: systematyczność odnieść należy także do pewnego zorganizowania procesu prac badawczo-rozwojowych, uniknięcie jego losowego i przypadkowego charakteru, co jest pewnym rozwinięciem wskazanego w cytacie „planowania” działania. Poszczególne elementy prac badawczych lub rozwojowych powinny wskazywać na pewną logiczną ciągłość, ukierunkowaną na osiągnięcie określonego celu. Zwieńczeniem tych prac powinno być zwiększenie zasobów wiedzy lub wykorzystanie zasobów wiedzy do tworzenia nowych zastosowań. Działalność ta może być prowadzona przez podatnika bądź też przez niego zlecona innym podmiotom¹⁵.

Prace rozwojowe, według ustawowej definicji (określonej w art. 4a ust. 28 updog), to nabywanie, łączenie, kształtowanie i wykorzystywanie dostępnej aktualnie wiedzy i umiejętności z dziedziny nauki, technologii i działalności gospodarczej oraz innej wiedzy i umiejętności do planowania produkcji oraz tworzenia i projektowania nowych, zmienionych lub ulepszonych produktów, procesów i usług, z wyłączeniem prac obejmujących rutynowe i okresowe zmiany wprowadzane do produktów, linii produkcyjnych, procesów wytwórczych, istniejących usług oraz innych operacji w toku, nawet jeżeli takie zmiany mają charakter ulepszeń. W szczególności za prace rozwojowe uważa się:

- a) opracowywanie prototypów i projektów pilotażowych oraz demonstracje, testowanie i walidację nowych lub ulepszonych produktów, procesów lub usług w otoczeniu stanowiącym model warunków rzeczywistego funkcjonowania, których głównym celem jest dalsze udoskonalenie techniczne produktów, procesów lub usług, których ostateczny kształt nie został określony,
- b) opracowywanie prototypów i projektów pilotażowych, które można wykorzystać do celów komercyjnych, w przypadku gdy prototyp lub projekt pilotażowy stanowi produkt końcowy gotowy do wykorzystania komercyjnego, a jego produkcja wyłącznie do celów demonstracyjnych i walidacyjnych jest zbyt kosztowna.

Wprowadzono także definicję prac naukowych (art. 4a pkt 27). Wśród nich wymienia się badania podstawowe (oryginalne prace badawcze, eksperymentalne lub teoretyczne, podejmowane przede wszystkim w celu zdobywania nowej wiedzy o podstawach zjawisk i obserwowalnych faktów bez nastawienia na bezpośrednie zastosowanie komercyjne); badania stosowane (prace badawcze podejmowane w celu zdobycia nowej wiedzy, zorientowane przede wszystkim na zastosowanie w praktyce) oraz badania

¹³ <http://sjp.pl/tw%C3%B3rczy>, 26.10.2016.

¹⁴ A. Pałys, P. Borowiec, *op.cit.*, s. 44.

¹⁵ P. Małecki, M. Mazurkewicz, *CIT. Podatki i rachunkowość*, Warszawa 2016, s. 129-130.

przemysłowe (badania mające na celu zdobycie nowej wiedzy oraz umiejętności w celu opracowywania nowych produktów, procesów i usług lub wprowadzania znaczących ulepszeń do istniejących produktów, procesów i usług; badania te uwzględniają tworzenie elementów składowych systemów złożonych, budowę prototypów w środowisku laboratoryjnym lub w środowisku symulującym istniejące systemy, szczególnie do oceny przydatności danych rodzajów technologii, a także budowę niezbędnych w tych badaniach linii pilotażowych, w tym do uzyskania dowodu w przypadku technologii generycznych).

Definicje te wskazują na celowy efekt wszystkich tych badań: nie musi on być koniecznie zakończony sukcesem, jednak prace czy badania muszą mieć na względzie perspektywę powstania nowego produktu, procesu, usługi, ulepszenia bądź zwiększenia określonej wiedzy. By dowieść istnienia prac badawczych, rozwojowych czy naukowych konieczne jest więc wskazanie jakiegoś docelowego finału tych prac w określonej postaci. Postać ta jest dużo trudniejsza do wykazania w przypadku badań mających na celu stworzenie usług bądź praw niematerialnych niezakończonych sukcesem. Nadmienić należy, że koszty prac badawczo-rozwojowych podatnicy muszą wyodrębnić w ewidencji, zaś koszty kwalifikowane wykazać w zeznaniu podatkowym.

Niniejsze regulacje zostały ocenione z pewną rezerwą. W środowiskach przedsiębiorców zwracano uwagę na niewielki poziom możliwego odliczenia¹⁶ (które w innych krajach sięga 100%)¹⁷, zamknięty i niewyczerpujący katalog kosztów kwalifikowanych¹⁸, możliwość zaliczenia do kosztów kwalifikowanych jedynie kosztów współpracy z niektórymi jednostkami naukowymi, bez możliwości powierzenia części prac pojedynczym osobom bądź podmiotom zagranicznym¹⁹. Sugerowano także wprowadzenie dodatkowych zmian, np. refundacji kosztów prac badawczo-rozwojowych dla małych i średnich przedsiębiorstw oraz wprowadzenie nowej ulgi, tzw. „*Patent box*”, czyli zmniejszonej stopy podatkowej do przychodów osiągniętych z patentów i wzorów użytkowych²⁰. Mimo powyższych braków i problemów, zgodnie podkreślono, iż zmiany te stanowią krok w dobrym kierunku²¹.

3. Ulga na prace badawczo-rozwojowe a dyskryminacja niektórych podatników

Niezależnie od wyżej przywołanych ocen, konieczne jest dostrzeżenie pewnych niedociągnięć legislacyjnych zawartych w obecnym brzmieniu ustawy. Mogą one stwarzać

¹⁶ *Raport Rynek B+R+I w Polsce. Wsparcie działalności badawczej, rozwojowej i innowacyjnej przedsiębiorstw*, <http://taxand.pl/attachments/Book/RaportRynekBRIwPolsce20151.pdf>, s. 36–37; *Rekomendacja Rady Podatkowej Konfederacji Lewiatan w zakresie konstrukcji ulgi na działalność badawczo rozwojową (B+R)*, www.radapodatkowa.pl/pl/d/b4c0d94fd344129442ee270cc48f4739, s. 11.

¹⁷ *Raport...*, s. 37.

¹⁸ *Czy ustawa o wspieraniu innowacyjności wejdzie w życie i co dałaby startupom?*, http://startupperland.org/wp-content/uploads/2015/10/Czy-ustawa-o-wspieraniu-innowacyjno%C5%9Bci-wejdzie-w-%C5%BCycie-i-co-da%C5%82aby-startupom_StartupPoland.pdf, s. 5.

¹⁹ *Ibidem*, s. 6.

²⁰ *Rekomendacja rady podatkowej...* s. 5–6.

²¹ *Raport...*, s. 37.

pewne problemy dla niektórych podatników i nie pozwalać na skorzystanie z ulgi, co można uznać za rzecz niepożądaną ze względu na zasadę równości formalnej a z drugiej strony – na cele ustawy.

Szczególnie dotyczy to przedsiębiorstw, w których efektem badań badawczo-rozwojowych są dobra niematerialne, czy też posługując się terminologią prawnopodatkową – wartości niematerialne i prawne (wnipwnip), takie jak *know-how*, czy prawa wynikające z ustawy prawo własności przemysłowej²². Obecne przepisy mogą dyskryminować takich podatników na dwóch płaszczyznach:

- a) Ograniczoną w stosunku do innych podatników możliwość uznania wydatków na nabycie lub wytworzenie danego dobra niematerialnego za koszt uzyskania przychodów;
- b) Możliwości zastosowania ulgi w związku z niemożnością wskazania kosztów kwalifikowanych.

Problemy te zostały już zauważone w polskiej doktrynie²³. Konieczne wydaje się jednak rozwinięcie tych kwestii, przy zwróceniu uwagi na ewentualną możliwość ich rozwiązania na gruncie obowiązujących przepisów. W tym celu w pierwszej kolejności należy przeanalizować kwestię możliwości zaliczenia do kosztów uzyskania przychodu wydatków na wytworzenie we własnym zakresie wartości niematerialnej i prawnej. Przy rozważaniu tego zagadnienia konieczne będzie zwrócenie uwagi na definicję wartości niematerialnej i prawnej oraz możliwość rozliczenia kosztów uzyskania przychodu w formie kosztów prac badawczo-rozwojowych. Konieczne wydaje się być też rozważanie relacji systemowych pomiędzy poszczególnymi przepisami dot. kosztów uzyskania przychodu oraz kosztów prac badawczych i rozwojowych.

4. Wartość niematerialna i prawna – definicja, której nie ma?

Podejmując próbę zdefiniowania wnipwnip dla celów podatkowych zazwyczaj przytacza się art. 16b ust. 1 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych. Zgodnie z tym przepisem za wnipwnip uważa się nabyte nadające się do gospodarczego wykorzystania w dniu przyjęcia do używania:

- 1) spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu mieszkalnego,
- 2) spółdzielcze prawo do lokalu użytkowego,
- 3) prawo do domu jednorodzinnego w spółdzielni mieszkaniowej,
- 4) autorskie lub pokrewne prawa majątkowe,
- 5) licencje,
- 6) prawa określone w ustawie prawo własności przemysłowej,
- 7) wartość stanowiącą równowartość uzyskanych informacji związanych z wiedzą w dziedzinie przemysłowej, handlowej, naukowej lub organizacyjnej (*know-how*), – o przewidywanym okresie używania dłuższym niż rok, wykorzystywane przez podatnika na potrzeby związane z prowadzoną przez niego działalnością gospodarczą albo oddane przez niego do używania na podstawie umowy licencyjnej (sublicencji), umowy najmu, dzierżawy lub leasingu. Katalog ten jest katalogiem zamkniętym.

²² Ustawa z dnia 30 czerwca 2000 r. – Prawo własności przemysłowej (Dz.U. 2013 poz. 1410).

²³ A. Pałys, P. Borowiec, *op.cit.*, s. 45.

Przepis ten wskazuje na kilka warunków, jakie powinna spełniać wartość niematerialna i prawna. Wartości te muszą nadawać się do gospodarczego wykorzystania, przewidywać powinno się, że będą używane dłużej niż przez rok i docelowo są wykorzystywane na potrzeby związane z prowadzoną przez podatnika działalnością gospodarczą. Ważnym elementem tej definicji jest konieczność nabycia danej wnipwnip.

Przez nabycie można rozumieć udział w jakiejś czynności rozporządzającej danym prawem, której dokonał inny podmiot, bądź w wyniku jakiegoś innego zdarzenia wynikającego z odmiennej podstawy prawnej²⁴. Nie ma znaczenia odpłatność lub nieodpłatność danej czynności, jej prawna forma (sprzedaż, zamiana, wkład niepieniężny, spadek). Nabycie może też wynikać z przekształcenia podmiotów gospodarczych (połączenia, podziały)²⁵. Nie musi to być przy tym koniecznie nabycie pochodne, w niektórych przypadkach dopuszcza się nabycie pierwotne. W ten sposób sądy administracyjne traktują w szczególności patenty uzyskane na podstawie decyzji urzędu patentowego²⁶. Naczelny Sąd Administracyjny argumentował, że urząd patentowy udziela w drodze decyzji prawa ochronnego na znak towarowy, a adresat tej decyzji prawo to nabywa. Nieracjonalnym byłby pogląd, że podmiot, który uzyskał prawo ochronne na znak towarowy w drodze decyzji Urzędu Patentowego, ale prawa tego nie nabył, musiałby w celu uzyskania możliwości amortyzowania tego prawa, zbyć je innemu podmiotowi, a następnie nabyć je od niego²⁷. Taki rezultat wykładni został uznany za absurdalny, chociaż można było w przeszłości spotkać przypadki jego zastosowania²⁸.

W tym miejscu konieczne jest dokonanie kilku uwag. Definiowanie wnipwnip przez pryzmat jedynie art. 16b ust. 1 updop jest bowiem zabiegiem grzeszącym pewną niedokładnością. Zwrócić uwagę należy na szereg przepisów nieco podważających utożsamienie wartości niematerialnych i prawnych jedynie z zakresem wskazanym w art. 16b updop. Po pierwsze, art. 16c nazywa wartościami niematerialnymi i prawnymi wartość firmy, jeżeli wartość ta powstała w inny sposób niż określony w art. 16b ust. 2 pkt. 2. Podobnie, za wnipwnip uznawane są składniki majątku, które nie są używane na skutek zawieszenia wykonywania działalności gospodarczej na podstawie przepisów o swobodzie działalności gospodarczej albo zaprzestania działalności, w której te składniki były używane. Wartości te nie podlegają amortyzacji.

Istotny jest także art. 16e updop. Wskazuje on, że mogą podlegać amortyzacji jako wartości niematerialne i prawne prawa wymienione w art. 16b ust. 1, nabyte lub wytworzone we własnym zakresie o wartości początkowej przekraczającej 3 500 zł, które ze względu na przewidywany przez nich okres używania równy lub krótszy niż rok nie

²⁴ *Komentarz do ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych. 2014*, red. W. Nykiel, A. Mariański, Gdańsk 2014, s. 632.

²⁵ *Ibidem*, s. 632–633.

²⁶ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 15 stycznia 2015 r., sygn. akt II FSK 3175/12; Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 10 marca 2015 r., sygn. akt II FSK 312/13, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>.

²⁷ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 10 marca 2015 r., sygn. akt II FSK 312/13, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>.

²⁸ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 28 kwietnia 2009 r. sygn. akt II FSK 23/08, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>.

były zaliczone do środków trwałych albo wartości niematerialnych i prawnych. Rolą tego przepisu jest umożliwienie podatnikowi uczynienia z danego składnika majątku wartości niematerialnej i prawnej, jeżeli okazałoby się, że będzie używany dłużej niż rok. Ustawa przewiduje tutaj, że status wnipwnip mogą uzyskać zarówno nabyte jak i wytworzone składniki majątku. Jakkolwiek przepis ten stanowi bez wątpienia przepis regulujący dosyć szczególny przypadek, to w dalszym ciągu pozwala on uznać za wnip wytworzony we własnym zakresie składnik majątku (umożliwia też jego amortyzację).

Także sam art. 16b znajduje wskazanie, że za wnip uznaje się koszty prac rozwojowych zakończonych wynikiem pozytywnym, który może być wykorzystany na potrzeby działalności gospodarczej podatnika. Wynik ten nie musi być przez podatnika nabyty²⁹ ale podlega (pod pewnymi warunkami) amortyzacji. Zwrócić uwagę trzeba też na sformułowanie zawarte w art. 16 ust. 1 pkt. 1 lit. b updop. Przepis ten stanowi, iż nie stanowią kosztów uzyskania przychodów wydatki na nabycie lub wytworzenie we własnym zakresie innych niż wymienione w lit. a środków trwałych oraz wartości niematerialnych i prawnych, w tym również wchodzących w skład nabytego przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanych części (wydatki te, zaktualizowane zgodnie z odrębnymi przepisami, pomniejszone o sumę odpisów amortyzacyjnych, o których mowa w art. 16h ust. 1 pkt. 1, są jednak kosztem uzyskania przychodów, w przypadku odpłatnego zbycia środków trwałych lub wartości niematerialnych i prawnych, bez względu na czas ich poniesienia).

W związku z tym należy wysnuć wniosek, iż art. 16b ust. 1 nie definiuje wartości niematerialnej i prawnej, lecz definiuje pewną kategorię wartości niematerialnych i prawnych: podlegających amortyzacji³⁰. Taka wartość musi być nabyta. Jednak z przepisów ustawy wynika wyraźnie, że sama wnip (w postaci *know how* czy patentu) nie musi być wcale wartością nabytą. Może to być także wartość wytworzona przez podatnika. Jaka jest więc rola tego określenia? Ustawa o podatku dochodowym od osób prawnych w istocie nie formułuje definicji wnip: jest nią po prostu wszystko, co ustawa nią nazwie. Wydaje się jednak, że posłużenie się tym określeniem ma pewne znaczenie porządkujące, pozwalające ująć pewną klasę składników majątku pod jednym, zbiorczym określeniem, którego brak utrudniałby redakcję ustawy. Podobny warunek przewidują ponadto przepisy definiujące wartości niematerialne i prawne na gruncie ustawy o rachunkowości³¹.

5. Dyskryminacja podatników wytwarzających wartości niematerialne i prawne w wyniku prac badawczo-rozwojowych

Regulacje updop sprawiają, że podatnik wytwarzający w ramach prac badawczo-rozwojowych wartości niematerialne i prawne jest znacząco dyskryminowany w porównaniu

²⁹ W. Dmoch, *Podatek dochodowy od osób prawnych. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 474.

³⁰ *Ibidem*, s. 473.

³¹ Ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz.U. 1994 nr 121 poz. 591). Artykuł 3 ust. 1 pkt 14 ustawy o rachunkowości definiuje wnip jako nabyte przez jednostkę, zaliczane do aktywów trwałych prawa majątkowe, nadające się do gospodarczego wykorzystania, o przewidywanym okresie ekonomicznej użyteczności dłuższym niż rok, przeznaczone na potrzeby jednostki. Wymóg „nabycia” nie jest jednak stawiany przez Międzynarodowe Standardy Rachunkowości nr 38.

do podatnika wytwarzającego np. środki trwałe. Zgodnie z art. 15 ust. 4a istnieją trzy możliwe drogi do rozliczenia kosztów uzyskania przychodów wynikających z prace badawczo-rozwojowych. Koszty prac rozwojowych mogą być bowiem zaliczane do kosztów uzyskania przychodów:

- 1) w miesiącu, w którym zostały poniesione albo począwszy od tego miesiąca w równych częściach w okresie nie dłuższym niż 12 miesięcy, albo
- 2) jednorazowo w roku podatkowym, w którym zostały zakończone, albo
- 3) poprzez odpisy amortyzacyjne dokonywane zgodnie z art. 16m ust. 1 pkt. 3 od wartości niematerialnych i prawnych, o których mowa w art. 16b ust. 2 pkt. 3.

Punkt 3 tego przepisu dość restrykcyjnie ogranicza możliwość zaliczenia kosztów prac rozwojowych do kosztów uzyskania przychodu. W istocie dotyczyłoby to jedynie prac badawczo-rozwojowych, które zakończyły się wynikiem pozytywnym, a ponadto:

- a) mogą być wykorzystane na potrzeby działalności gospodarczej podatnika;
- b) produkt lub technologia wytwarzania są ściśle ustalone, a dotyczące ich koszty prac rozwojowych wiarygodnie określone, oraz
- c) techniczna przydatność produktu lub technologii została przez podatnika odpowiednio udokumentowana i na tej podstawie podatnik podjął decyzję o wytwarzaniu tych produktów lub stosowaniu technologii, oraz
- d) z dokumentacji dotyczącej prac rozwojowych wynika, że koszty prac rozwojowych zostaną pokryte spodziewanymi przychodami ze sprzedaży tych produktów lub zastosowania technologii.

Wykorzystanie z kolei możliwości zawartych w art. 15 ust. 4a pkt. 1 i 2 rodzi znaczne problemy natury dowodowej w przypadku wytwarzania usług bądź praw niematerialnych, które niezakończone zostały sukcesem. Wynika to z faktu, że przepisy te pozwalają na pewną optymalizację podatkową momentu poniesienia kosztu. Jednocześnie dla spełnienia definicji prac rozwojowych konieczne jest wskazanie jakiegoś celu końcowego, który przyświecał tym pracom. W przypadku nieudanych prac o charakterze materialnym wskazanie określonego ciągu prac prowadzącego do wytworzenia np. nowej maszyny lub produktu, wykazanie związku określonych, pojedynczych kosztów nie rodzi znaczących problemów. W przypadku jednak nieudanej próby wytworzenia nowej usługi bądź prawa niematerialnego wskazanie określonych elementów prowadzących do ich wytworzenia i ich kwalifikacji do prac rozwojowych może, wobec faktu niezrealizowania projektu, rodzić pokusę odmówienia tym kosztom kwalifikacji jako kosztów prac rozwojowych. W ten sposób skorzystanie z opcji zawartych w art. 15 ust. 4a pkt. 1 i 2 staje się potencjalnie utrudnione. Jednocześnie nie czyni niemożliwym zakwalifikowanie poniesionych nakładów do kosztów uzyskania przychodów na zasadach ogólnych.

Pewnym problemem mogą być też relacje art. 16 ust. 1 pkt. 2 ze wskazanymi wyżej przepisami. Ustawa wskazuje w tym miejscu, że nie uważa się za koszty uzyskania przychodów wydatków na nabycie lub wytworzenie we własnym zakresie wartości niematerialnych i prawnych, w tym również wchodzących w skład nabytego przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanych części. Wydatki takie stają się kosztami dopiero w momencie zbycia wartości niematerialnej i prawnej (i to po odjęciu odpisów amortyzacyjnych).

Jak wiadomo, wartości niematerialne i prawne rozliczane być powinny w formie odpisów amortyzacyjnych (art. 16b ust. 1 updop). Jak jednak zostało już wskazane, nie każda wartość niematerialna i prawna może podlegać amortyzacji. Musi ona spełniać przesłankę bycia nabytą. Pewnym wyjątkiem są prace rozwojowe określone w art. 16b ust. 2 pkt. 3. Tutaj jednak skorzystanie z możliwości amortyzacji wytworzonych przez siebie wnip jest obwarowane kilkoma warunkami i można ją uznać za sytuację wyjątkową. Podobnym wyjątkiem są uprawnienia wynikające z art. 16c updop. Podatnik nie powinien korzystać z przyznanego mu prawa do dokonywania odpisów amortyzacyjnych bez wyraźnego upoważnienia ustawodawcy.

Sytuacja ta stanowi znaczące niedopatrzenie ustawodawcy i jest sprzeczna zarówno z celem art. 15 ust. 4a updop, jak i zasadą równości wobec prawa: podatnicy prowadzący działalność badawczo-rozwojową w innym zakresie niż wnip nie muszą kończyć swoich prac wynikiem pozytywnym ani spełniać żadnego ze wskazanych tutaj warunków, by mieć możliwość rozliczenia poniesionych nakładów w każdy ze wskazanych trzech sposobów. Takie nakłady stanowią dla nich albo całość w postaci wytworzonego środka trwałego albo w postaci kosztów prac badawczych lub rozwojowych.

6. Możliwość rozliczenia kosztów jako kosztów prac badawczo-rozwojowych

Co zatem w sytuacji, gdy podatnik wytworzył we własnym zakresie *know-how*, przedmiot prawa autorskiego lub prawo własności przemysłowej i nie jest w stanie przedstawić wymaganej dokumentacji? Na gruncie przepisów możliwe byłyby następujące stanowiska:

- a) Podatnik nie będzie uprawniony do rozpoznania kosztów uzyskania przychodów z tytułu prac rozwojowych związanych z wytworzeniem we własnym zakresie wnip w sposób przewidziany w art. 15 ust. 4a updop;
- b) Podatnik będzie uprawniony do rozliczenia ich na podstawie wszystkich trzech możliwości określonych w art. 15 ust. 4a updop.

Pierwsza ze wskazanych możliwości opiera się na literalnej wykładni art. 16 ust. 1 i art. 16b ust. 1 updop. Zgodnie z tymi przepisami, nie stanowią kosztów uzyskania przychodu wydatki na wytworzenie we własnym zakresie wartości niematerialnych i prawnych. Podlegają one rozliczeniu jedynie w drodze odpisów amortyzacyjnych oraz w przypadku sprzedaży danej wnip. Koszty wytworzenia wnip we własnym zakresie nie mogą podlegać amortyzacji. Potrącić je można tylko z osobna, jako poszczególne koszty uzyskania przychodu.

Wykładnia taka opierałaby się przede wszystkim na przesłankach językowych. Wolą ustawodawcy, wyrażoną za pomocą takiego sformułowania przepisów, byłaby chęć wskazania, że dla wnip możliwe jest tylko rozliczenie wydatków na jego nabycie i to jedynie w drodze odpisów amortyzacyjnych.

W drugim przypadku wykładnię można by oprzeć na przesłankach celowościowych. W takim wypadku wskazać należałoby, że po pierwsze, jakkolwiek ustawa wyłącza możliwość rozliczenia kosztów na wytworzenie wartości niematerialnej i prawnej, to należy wziąć pod uwagę rolę i cel, które mają spełniać specjalne uregulowania takie jak art. 15 ust. 4a w zw. z art. 4a ust. 26 updop. Celem tym jest stworzenie preferencji dla

podatników prowadzących prace badawczo-rozwojowe. Objawia się to przez ułatwienie im procesu rozliczania kosztów uzyskania przychodu oraz całokształt podanych tutaj przepisów dotyczących ulgi na prace badawczo-rozwojowe³². Uniemożliwienie lub utrudnienie pewnej kategorii podatników, bez odpowiedniego uzasadnienia, rozliczania tych kosztów, jest rażąco sprzeczne z tymi celami i potencjalnie uzasadnia przełamanie językowego znaczenia norm.

Można by to uczynić poprzez uznanie, że wydatki na wytworzenie we własnym zakresie wnip (nawet nieudane) mogą stanowić koszty uzyskania przychodu, jeżeli są one wydatkami na prace badawczo-rozwojowe. W takim wypadku możliwe byłoby stwierdzenie, że przepisy dotyczące amortyzacji nie miałyby zastosowania w sytuacji ich kolizji z treścią art. 15 ust. 4a. Pominięty zostałby art. 16 ust. 1 oraz art. 16b ust. 1 poprzez uznanie, że przepisy dotyczące amortyzacji nie dotyczą prac badawczo-rozwojowych, które stanowią pewną szczególną kategorię w ramach updog. Przy przyjęciu takiej interpretacji, instytucja kosztów prac badawczo-rozwojowych zawierałaby w sobie koszty wytworzenia danej wartości niematerialnej i prawnej i umożliwiałaby ich rozliczenie na każdy z trzech sposobów wskazanych w art. 15 ust. 4a updog.

Za taką interpretacją przemawia także zasada równości formalnej. Konieczne jest bowiem stwierdzenie, że takie problemy nie dotyczą np. podatników rozliczających koszty uzyskania przychodu z tytułu wytworzenia środka trwałego. Oznacza to, że cała klasa podatników byłaby dyskryminowana bez żadnego uzasadnienia.

Niestety, w kontekście tej interpretacji bardzo problematyczna może okazać się relacja łącząca art. 15 ust. 1, art. 15 ust. 4a i art. 16 ust. 1 updog. Pierwszy z tych przepisów sytuuje ogólną definicję kosztów uzyskania przychodów, odwołuje się przy tym bezpośrednio do art. 16 ust. 1. Ustęp 4a, wskazujący na możliwość rozliczenia prac rozwojowych, stanowi przy tym pewien przepis szczególny, sytuujący w swoisty sposób moment ujęcia kosztu uzyskania przychodu. Artykuł 16 ust. 1 nie jest jednak przepisem szczególnym względem art. 15 ust. 1, lecz stanowi jego równorzędne dopełnienie. Jest to niezbędny i nieodłączny element definicji kosztu uzyskania przychodu. Oznacza to, że jeżeli literalnie mówi on, że nie stanowią kosztu uzyskania przychodu wydatki poniesione na zakup lub wytworzenie we własnym zakresie wnip – z wyjątkami tam przewidzianymi – to nie można traktować art. 15 ust. 4a jako przełamującego treść art. 16 ust. 1 w zw. z art. 16b ust. 1 updog.

Jednak i tutaj należy wskazać na względy celowościowe: przesłanką do tego, że zaliczenie do kosztów uzyskania przychodów wartości początkowej środków trwałych i wnip następuje poprzez odpisy amortyzacyjne, wynika z faktu, że jednorazowe potrącenie tych kosztów zniekształcałoby wynik podatkowy. Nie oznacza jednak, że ustawodawca w ogóle nie uznaje za stosowne rozliczenia kosztów uzyskania przychodów wynikających z nabycia lub wyprodukowania wnip. W związku z tym ewentualny brak takiej regulacji należy postrzegać jako lukę prawną a nie świadomy zabieg prawodawcy i można podejmować próby jej wypełnienia ze względu na fakt, że nieuregulowana została sytuacja, która uregulowana być powinna w sposób korzystny

³² Przy dokonywaniu wykładni celowościowej konieczne jest patrzenie na całość instytucji, zob. L. Morawski, *op.cit.*, s. 139.

dla podatnika (przy wzięciu pod uwagę wszystkich okoliczności związanych z ulgą na prace badawczo-rozwojowe). Biorąc pod uwagę całokształt zaprezentowanych tutaj rozwiązań, można przyjąć za zasadne przełamanie językowego kształtu przepisów w celu lepszego dostosowania ich do przesłanek celowościowych i funkcjonalnych. Jest to działanie na korzyść podatnika, osadzone także w zamiarze samego ustawodawcy, nie powinno więc budzić zastrzeżeń pod kątem wartości systemu prawa, takich jak jego stałość czy bezpieczeństwo.

7. Koszty kwalifikowane

Kolejne problemy mogą powstać również na gruncie samej ulgi podatkowej na prace badawczo-rozwojowe, a konkretnie – kosztów kwalifikowanych opisywanych w art. 18d ustawy podatkowej. Zgodnie z tymi przepisami, kosztem kwalifikowanym mogą być jedynie koszty uzyskania przychodu, takie jak:

- 1) należności m.in. z tytułu stosunku pracy, stosunku służbowego, pracy nakładczej lub spółdzielczego stosunku pracy oraz składki z tytułu tych należności, w części finansowanej przez płatnika składek, jeżeli te należności i składki dotyczą pracowników zatrudnionych w celu realizacji działalności badawczo-rozwojowej;
- 2) nabycie materiałów i surowców bezpośrednio związanych z prowadzoną działalnością badawczo-rozwojową;
- 3) ekspertyzy, opinie, usługi doradcze i usługi równorzędne, a także nabycie wyników badań naukowych, świadczonych lub wykonywanych na podstawie umowy przez jednostkę naukową w rozumieniu ustawy o zasadach finansowania nauki na potrzeby prowadzonej działalności badawczo-rozwojowej;
- 4) odpłatne korzystanie z aparatury naukowo-badawczej wykorzystywanej wyłącznie w prowadzonej działalności badawczo-rozwojowej, jeżeli to korzystanie nie wynika z umowy zawartej z podmiotem powiązanym;
- 5) odpisy amortyzacyjne od środków trwałych oraz wartości niematerialnych i prawnych wykorzystywanych w prowadzonej działalności badawczo-rozwojowej, z wyłączeniem samochodów osobowych oraz budowli, budynków i lokali będących odrębną własnością. Do powyższych odliczeń nie stosuje się art. 16 ust. 1 pkt. 48 u.p.d.o.p.

Jak więc widać, ustawodawca nie przewidział możliwości ujęcia w kosztach kwalifikowanych wydatków na wytworzenie we własnym zakresie wnip. Część tych wydatków dałoby się zapewne zakwalifikować jako wynikające z zatrudnienia pracownika w ramach stosunku pracy. Problematiczne jest jednak stwierdzenie co to znaczy, że pracownik został zatrudniony w celu prowadzenia prac badawczo-rozwojowych. Czy przesłankę tę należy rozumieć w ten sposób, że przyczyną wejścia w stosunek pracy z daną osobą jest chęć wykorzystania kompetencji tej osoby do prac badawczo-rozwojowych? Czy pracownik pracujący do tej pory przy innych zadaniach nie może generować kosztów kwalifikowanych, ponieważ pierwotnym celem jego zatrudnienia nie było prowadzenie działalności badawczo-rozwojowej? Sformułowanie użyte w przepisie sugerowałoby bowiem, że odliczenie kosztów kwalifikowanych z umowy o pracę może wynikać jedynie z zawarcia umowy o pracę z nowym pracownikiem (albo zasadnicza

zmiana umowy o pracę) i to tylko, jeżeli umowa ta miała jasny cel jego zatrudnienia przy pracach badawczo-rozwojowych. Rodziłoby to pytanie, czy w takim razie umowa o pracę nie powinna zostać rozwiązana w momencie ukończenia tych prac albo jego umowa o pracę powinna wygasać lub ulegać zmianie wraz z planowanym lub rzeczywistym końcem prac. Problem ten został dostrzeżony przez ustawodawcę i być może przepis ulegnie zmianie od 1 stycznia 2017 roku³³. Kolejnym problemem może być fakt, że ustawa nie przewiduje odliczenia w przypadku usług nabytych np. w ramach umowy zlecenia lub o dzieło.

Podatników wytwarzających we własnym zakresie wnip nie satysfakcjonuje też punkt 3, zawężający możliwe nabyte ekspertyzy, opinie, usługi doradcze i usługi równorzędne, a także nabycie wyników badań naukowych jedynie do zakupionych od określonych instytucji naukowych. Punkt 5 wspomina jedynie wartości niematerialne i prawne, od których można dokonać odpisów amortyzacyjnych.

Przed wszystkim jednak przeszkodą dla odliczenia wydatków jest wymóg, by koszt kwalifikowany był kosztem uzyskania przychodu z działalności badawczo-rozwojowej. Oznacza to powrót do problemu opisanego we wcześniejszych punktach: czy wydatki poniesione na wytworzenie we własnym zakresie wnip, mogą stanowić bez żadnych zastrzeżeń koszty prac badawczo-rozwojowych. Przy przyjęciu wykładni literalnej (i bardziej prawdopodobnej) stanowisko to należy odrzucić.

Podatnik może więc być podwójnie dyskryminowany: mimo prowadzenia działalności spełniającej wszystkie elementy definicji prac badawczo-rozwojowych, nie będzie mógł zaliczyć części wydatku na nie do kosztów uzyskania przychodu ani dokonać odpowiedniego odliczenia od podstawy opodatkowania.

8. Podsumowanie

Przepisy mające uregulować preferencje dla podatnika prowadzącego prace badawcze lub rozwojowe są oceniane dosyć ambiwalentnie. Jedną z przyczyn tej sytuacji jest istnienie luk prawnych. Poważnym błędem legislacyjnym jest też nieuwzględnienie w ustawie sytuacji, w której podatnik sam wytwarza we własnym zakresie wartości niematerialne i prawne bądź np. usługi. Zakwalifikowanie nakładów na ich wytworzenie może rodzić pewne problemy natury dowodowej, zwłaszcza przy pracach nieudanych, przy rozpatrywaniu ich jako kosztów prac badawczo-rozwojowych. Podobnie wygląda sytuacja przy próbie wskazania kosztu kwalifikowanego, podlegającego odliczeniu od podstawy opodatkowania.

Literalne brzmienie przepisów wyklucza możliwość zaliczenia tych wydatków do kosztów uzyskania przychodu. Względy celowościowe umożliwiłyby przełamanie

³³ W projekcie ustawy o zmianie niektórych ustaw określających warunki prowadzenia działalności innowacyjnej (druk nr 789) zaproponowano, by przepis przeredagować. Planowane zmiany ujednolicią, że kosztami kwalifikowanym są wynagrodzenia pracowników „realizujących działalność badawczo-rozwojową”, <http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/agent.xsp?symbol=RPL&Id=RM-10-90-16>, 27.10.2016.

językowego sformułowania zastosowanego w przepisie, jednak jest bardzo wątpliwe, by organy skarbowe zgodziły się na tak liberalną wykładnię przepisów.

W związku z tym konieczne byłoby upowszechnienie wiedzy na temat niniejszej kwestii oraz apel ze strony środowisk eksperckich czy biznesowych do ustawodawcy w celu dokonania odpowiednich zmian. Wydaje się, że najłatwiejszą metodą byłoby złagodzenie wymogów wynikających z art. 16b ust. 2 pkt. 3 updop, tak by rozliczać w drodze odpisów amortyzacyjnych także koszty prac badawczo-rozwojowych niezakończonych wynikiem pozytywnym oraz odstąpienie od wskazanych tam, rygorystycznych wymogów – nie dotyczyłyby one bowiem podatnika wytwarzającego przedmioty materialne.

* * *

Potential Discrimination of a Taxpayer That Produces Intangible Assets as a Part of His Research & Development Process in the Polish Corporate Income Tax

The focus of the article is the tax allowance introduced in order to support the research and development, which was implemented in the Polish law in 2016. The goal of new regulations is to increase the number of innovations developed in Poland.

However, new law is full of flaws and problems. The main sphere of doubts is connected with the taxpayers, whose research and development is focused on production of services or intangible assets. Such taxpayer may be discriminated: he may not be able to use beneficial methods of apprising tax costs and with the tax allowance itself. It is mostly a result of the fact, that Polish lawmaker still expects such research and development that ends with a success. It is also impossible to deduct costs of production of the intangible assets in the form of depreciation of assets.

The goal of the article is to analyze legal matters connected with this topic and to formulate a proper solution on the basis of existing regulations.

Key words: tax law, corporate income tax, tax relief, research and development, intangible assets

mgr Krzysztof Bokwa¹

Podstawy regulacji odsetek i lichwy w prawie Europy Środkowej do XIX w.

Streszczenie:

Artykuł dotyczy zjawiska odsetek i lichwy, analizując je z perspektywy historyczno-prawnej. W tym celu szeroko opisane zostają filozoficzne i religijne podstawy stosunku do lichwy w Europie od czasów antycznych (biblijny rygoryzm, łagodniejące z czasem podejście Rzymian), przez średniowiecze, aż po okres nowożytny. Podkreślony jest w szczególności wpływ myśli chrześcijańskiej, który determinował negatywne postrzeganie poboru odsetek w ogólności aż do czasów Reformacji. Ewolucja tego podejścia zostaje ukazana na przykładach kolejnych regulacji prawnych, co pozwala na zarysowanie dwóch rywalizujących koncepcji postrzegania lichwy – rygorystycznego oraz liberalniejszego, który ostatecznie zatriumfował w ustawodawstwie, a *de facto* również w nauce Kościoła. Podkreślona zostaje zarazem ciągła aktualność i fundamentalność tego dylematu również dla współczesnego ustawodawcy.

Słowa kluczowe: lichwa, odsetki, chrześcijaństwo, prawo kanoniczne, Święte Cesarstwo Rzymskie, Reformacja, Żydzi

1. Wstęp

Prawna instytucja odsetek jest wszechobecna i znana dobrze każdemu. Jako podstawowa, najbardziej oczywista forma wynagrodzenia za używanie cudzego kapitału, w codziennym życiu atakuje nas ona zewsząd – z ofert banków, dealerów samochodowych, sklepów proponujących sprzedaż ratą. Warto na wstępie przytoczyć jeszcze dziewiętnastowieczną, syntetyczną ich definicję: „pod pojęciem odsetek rozumie się

¹ Autor jest absolwentem Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, doktorantem tamże w Katedrze Powszechnej Historii Państwa i Prawa oraz aplikantem adwokackim.

wynagrodzenie, świadczone komuś za dobrowolnie przez niego udzieloną lub odebraną mu [bez jego zgody] możliwość używania sumy pieniężnej lub ogólnie rzeczy zamiennych, zależne od stosunku umownego i czasu używania”².

Można wyróżnić kilka rodzajów odsetek (ustawowe i umowne, kapitałowe i za opóźnienie). Szczególną uwagę warto poświęcić odsetkom maksymalnym. Ich koncepcja, pojawiająca się już w prawie antycznym, stanowiła nieodmiennie rzadki wyraz bezceremonialnej ingerencji ustawodawcy w prawo prywatne, ograniczającej swobodę umów. Próba ukazania różnorodnych motywacji takiego działania zostanie podjęta niżej. Jest przy tym oczywiste, iż poniższe rozważania, choć dotyczące się odsetek w prawie prywatnym, nie mogą abstrahować od innych zagadnień, związanych immanentnie z doniosłymi fundamentalnymi sprawami etycznymi i ekonomicznymi; chodzi tu o kwestie tak elementarne, jak sprawiedliwość i wolność, ochrona słabszego, czy zasada *volenti non fit iniuria*. Jest to również obszar prawa prywatnego, na którym znaczne piętno odciśnęła religia – stąd konieczność obszernych odniesień teologicznych i filozoficznych.

Z zagadnieniem odsetek maksymalnych wiąże się ściśle pojęcie lichwy, rozmaicie rozumiane na przestrzeni wieków – już to jako pobór nadmiernych odsetek (w prawie rzymskim i współcześnie), już to jako pobór odsetek od kwot pieniężnych w ogólności (jak w tradycji żydowskiej, islamskiej czy nauczaniu Kościoła). Niezależnie jednak od tego, co pod tym pojęciem rozumiano – lichwa zawsze postrzegana była jako praktyka w najwyższym stopniu naganna, niedopuszczana przez system prawny.

Nie sposób również abstrahować od związku omawianej tematyki (ze swej istoty cywilistycznej) z prawem karnym – pojmowanie lichwy jako niesprawiedliwości skutkowało na przestrzeni wieków także jej penalizacją i swoistą „dwutorowością” sankcji wobec wierzyciela pobierającego nadmierne odsetki. Ulokowanie kwestii lichwy na styku prawa publicznego i prywatnego wyraźnie widoczne jest od momentu wykrystalizowania się podziału na prawo publiczne i prywatne – ustawodawstwo antylichwiarskie wymyka się w efekcie temu podziałowi.

Przed przystąpieniem do właściwych rozważań konieczne jest jeszcze wyjaśnienie kilku znaczących niuansów językowych. Jak już wskazano, z kwestią odsetek nierozdzielnie wiąże się pojęcie lichwy (samo słowo, co godne uwagi, ma prawdopodobnie rodowód gocki – *leihwan*³, od którego pochodzi też niemieckie *leihen* – „pożyczać”). Zwięźle zdefiniować ją można jako „udzielanie nieetycznych pożyczek, z uwagi na zawyżone odsetki lub inne opłaty, w wyniku czego następuje nieuczciwe wzbogacenie się pożyczkodawcy”⁴.

Wyraźny jest przy tym aspekt ocenny tego sformułowania i jego ewolucja znaczeniowa na przestrzeni wieków – trafnie oddał to sir William Blackstone w słynnych

² L. von Kirchstetter, F. Maitisch, *Commentar zum Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche*, Wien 1882, s. 512; „unter Zinsen versteht man die Vergütung, welche Jemandem für die von ihm freiwillig gewährte oder ihm entzogene Benutzung einer Geldsumme oder überhaupt einer bestimmten Quantität vertretbarer Sachen im Verhältnisse des Vertrages und der Dauer des Gebrauches geleistet wird”, tłum. własne.

³ A. Brückner, *Słownik etymologiczny języka polskiego*, Kraków 1927, s. 298.

⁴ *Lichwa* [w:] *Wielka Encyklopedia PWN*, Warszawa 1965, s. 498.

Commentaries on the Laws of England: „Gdy pieniądze są pożyczane umownie w celu powrotnego uzyskania nie tylko sumy podstawowej, ale i dodatku w formie wynagrodzenia za ich użytek, dodatek ten jest zwany odsetkami (*interest*) przez tych, którzy uznają to za słuszne, a lichwą (*usury*) przez tych, którzy sądzą przeciwnie”⁵. W istocie, aż do czasów nowożytnych lichwa i pobór odsetek były w europejskim kręgu prawnym traktowane jako synonim; obecnie uległo to niewątpliwej zmianie.

W Polsce określenie „lichwa” nie występuje obecnie w języku prawnym, a jedynie prawniczym (i tu jednak mając już wydzźwięk z lekka przestarzały). Art. 388 k.c. mówi natomiast o „wyzysku” – lichwa, zgodnie zresztą z jej cytowanymi wyżej słownikowymi znamionami, niewątpliwie mieści się w tym pojęciu, które jednak jest szersze i obejmuje wszelką bezpodstawną dysproporcję świadczeń wzajemnych.

2. Lichwa w starożytności

Lichwa – odbierana jako czerpanie zysków z nędzy bliźniego – wielokrotnie potępiona jest w Starym i Nowym Testamencie; wyraźnie odróżnia to starożytnych Hebrajczyków od współczesnych im Egipcjan, Fenicjan i innych cywilizacji Bliskiego Wschodu, których prawodawstwo co do zasady akceptowało pobieranie odsetek, niezależnie od moralnej oceny tego procederu⁶. Przy tym nie istnieje w Starym Testamencie (charakterystyczne dla współczesnego prawodawstwa) wyraźne rozróżnienie między lichwą a pobieraniem odsetek jako takim, które, co do zasady, również nie było akceptowane.

I tak, Księga Wyjścia stanowi: „jeśli pożyczysz pieniądze ubogiemu z mojego ludu, żyjącemu obok ciebie, to nie będziesz postępował wobec niego jak lichwiarz i nie każesz mu płacić odsetek”⁷ (Wj 22, 24). Księga Kapłańska stwierdza: „jeśli Twój brat zubożeje, podtrzymasz go (...). Nie będziesz brał od niego odsetek ani lichwy” (Kpł 25, 35–36); „nie będziesz żądał od brata swego odsetek z pieniędzy, z żywności ani odsetek z czegokolwiek, co się pożycza na procent” (Pwt 23, 20). Przepis ten dotyczył jednak wyłącznie Żydów – bowiem odsetek „od obcych możesz się domagać” (Pwt 30, 20–24). W istocie zatem w stosunku do Żydów dopuszczalna była tylko bezinteresowna, sąsiedzka pomoc⁸.

Księga Ezechiela stwierdza zdecydowanie: „[kto] uprawiał lichwę i żądał odsetek – ten nie będzie żył, bo popełnił wszystkie te bezceństwa. Ten na pewno umrze, a krew jego spadnie na niego samego” (Ez 18, 13). W Nowym Testamencie widać podtrzymanie tego podejścia⁹ – jak rzecz miał sam Jezus: „jeśli pożyczek udzielacie tym, od których spodziewacie się zwrotu, jakąż za to dla was wdzięczność? I grzesznicy grzesznikom

⁵ W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England. Book the Second*, Oxford 1766, s. 455, tłum. własne.

⁶ Zob. A. Pikulska-Robaszkiewicz, *Favor debitoris?*, Prawo Kanoniczne 1997, 40, nr 1–2, s. 281.

⁷ Ten i następne cytaty wg tekstu Biblii Tysiąclecia.

⁸ M. Ramocka, *Zagadnienie lichwy w ujęciu wielkich religii monoteistycznych*, Annales. Etyka w życiu gospodarczym 2008, vol. 11, nr 1, s. 297–298.

⁹ Barwnie ujmował to J.S. Jabłonowski, *Skrupuł bez skrupułu w Polsce*, Kraków 1858, s. 41: „Nie trzeba zaś wywodzić, co to jest lichwa; za jak wielki i wykorzeniający domy, familie, i ich fortuny grzech, stary jeszcze testament osądził. Pełne przeklęstwa są na ten grzech psalmy Dawida. Kościół zaś święty, to jest nowy testament, na starym wsparty, ma lichwę za grzech wieloraki, jako hydrę o kilku głowach (...)”.

pożyczają, żeby tyleż samo otrzymać. Wy natomiast miłujcie waszych nieprzyjaciół, czyńcie dobrze i pożyczajcie, niczego się za to nie spodziewając. A wasza nagroda będzie wielka, i będziecie synami Najwyższego; ponieważ On jest dobry dla niewdzięcznych i złych” (Łk 6, 34-35). Z drugiej strony potępienie pobierania odsetek zna wyjątek, wyrażony w przypowieści o talentach – „powinieneś więc był oddać moje pieniądze bankierom, a ja po powrocie byłbym z zyskiem odebrał swoją własność” (Mt 25, 27); fragment ten traktuje się jednak jako metaforę (np. rozumiejąc trzeciego, zganionego sługę jako symbol ludu żydowskiego albo faryzeuszy¹⁰), ewentualnie zachętę do wykorzystywania okazji dla pomnażania dóbr, nie zaś jako bezwarunkową akceptację dla pobierania odsetek¹¹.

W Psalmie 15 (*Domine, quis habitat in tabernaculo Tuo?*) w tłumaczeniu Jana Kochanowskiego czytamy:

Kto będzie w Twoim mieszkaniu przebywał?

Kto będzie Twego pałacu świętego,

Wieczny mój Boże, wesela zażywał?

Człowiek niewinny, człowiek uprzejmego

Serca, który sprawiedliwość miłuje,

Który nie mówi słowa fałszywego,

Który bliźniego swego nie szacuje,

Nie szuka z cudzą szkodą swej korzyści,

Przeciw obmowcom sąsiada ratuje,

Ma niepobożne ludzi w nienawiści,

Dobrym, gdzie może, pomocy dodawa,

A co przyrzecze, by naciężej – ziści;

Pieniądzy w lichwę nikomu nie dawa,

Nie bierze darów przeciw niewinnemu:

Kto się tak rządzi, kto przy tym zostawa,

Śmieie niech ufa pokojowi swemu.

Lichwa jest zatem ukazana jako jedno z najcięższych przewinień, którego należy się wystrzegać, gdy chce się dostąpić zbawienia; postawiona jest obok przekupstwa czy krzywoprzysięstwa, a zatem uznana za jedną z najpoważniejszych form szkodenia bliźniemu.

¹⁰ J. Jeremias, *Die Gleichnisse Jesu*, Göttingen 1998, s. 57-59.

¹¹ Zob. M. Wojciechowski, *Talenty czyli miliony* [w:] *Przypowieści dla nas*, Częstochowa 2007.

W starożytnym Rzymie, według ustawy XII tablic, odsetki (*fenus unciarum*) nie mogły być wyższe niż 1/12 w skali roku¹² lub miesiąca – kwestia ta pozostaje sporna¹³. Już jednak w 342 r. prz. Chr., na mocy *Lex Genucia*, przeforsowanego przez trybuna ludowego Lucjusza Genucjusza¹⁴, zabroniono w ogóle pobierania odsetek przy umowach pożyczki; o prawie tym (jako „prastarym”) wspomina Appian z Aleksandrii w swej *Historii rzymskiej*:

W tym samym czasie wybuchły w mieście rozruchy na tle sporów między wierzycielami i dłużnikami, przy czym chodziło o długi ściągane z procentami, mimo że jakieś prastare prawo zabraniało pożyczać na procent pod groźą kary wyznaczonej dla przestępcy. Zdaje mi się bowiem, że dawni Rzymianie, podobnie jak Grecy, brzydzili się lichwiarstwem jako zajęciem kramarskim dającym się we znaki ubogim, wywołującym kłótnie i budzącym nienawiść (...). Wiekowy zwyczaj ustalił jednak zasadę pobierania procentu (...) ¹⁵.

Na przełomie er pobieranie odsetek było już w świecie greckim i rzymskim powszechne i akceptowane¹⁶, piętnowano natomiast lichwę, rozumianą jako pobieranie nadmiernych odsetek; jak twierdzi Cyceon, na pytanie, co sądzi o lichwie, Katon Starszy miał odpowiedzieć „a co sądzisz o zabójstwie?”. Sam Cyceon¹⁷, idąc śladem Platona, zwracał uwagę na negatywne skutki lichwy dla państwa i społeczeństwa; uważał ją za działanie niehonorowe¹⁸. Zdaniem Seneki lichwa stanowiła zarówno niemoralną „sprzedaż czasu”, jak i „krwiopijstwo”¹⁹. Jak widać, rzymskie podejście do zagadnienia było bliskie współczesnemu – choć dopuszczano pobór odsetek, to nadmierne obciążenie dłużnika potępiano ze względów społecznych i etycznych. W czasach Cesarstwa przyjęto próg *feni licitae* równy 12%²⁰.

W epoce Justyniana obniżono podstawową stawkę odsetek maksymalnych do wysokości 6%, z odstępstwami dla kupców (8%) oraz dla *illustres* – osób o wysokiej pozycji społecznej (4% – widoczne jest tu wyżej wspomniane przekonanie o niehonorowości

¹² Tak Tacyt w *Annales*, VI, 16.

¹³ Problem faktycznej treści regulacji ustawy XII tablic co do lichwy (a nawet jej autentyczność) wzbudzał wątpliwości już u Monteskiusza, który poddawał w wątpliwość twierdzenia Tacyty w tej kwestii (zob. Monteskiusz, *O duchu praw*, ks. XXII *O prawach w związku ich z użyciem monety*, rozdział XXII). Zob. także J. A. Bolles, *A Treatise on Usury and Usury Laws*, Boston 1837, s. 6 i nast.

Tezę o możliwości pobierania na gruncie ustawy XII tablic odsetek w wymiarze 100% rocznie (8,33% miesięcznie) prezentują obecnie np. M. Kuryłowicz, A. Wiliński [w:] *Rzymskie prawo prywatne: Zarys wykładu*, Warszawa 2013, s. 220, oraz A. Pikulska-Robaszkiewicz, *op.cit.*

¹⁴ Zob. Liwiusz, *Ab Urbe Condita*, VII, 42.

¹⁵ Appian z Aleksandrii, *Historia rzymska*, XIII, 54, tłum. L. Piotrowicz.

¹⁶ Zob. P. Niczyporuk, *Bankierzy i operacje bankierskie w starożytnym Rzymie*, Białystok 2013, s. 120 i nast.

¹⁷ Np. w *De officiis*, *De agricultura*.

¹⁸ L. Niewdana, *Money and Justice. A critique of modern money and banking systems from the perspective of Aristotelian and Scholastic thoughts*, London-New York 2015, p. 44.

¹⁹ *Ibidem*, s. 45.

²⁰ R. Kaczmarczyk, *Co tak naprawdę można powiedzieć o Contractus Mohatrae* [w:] *Świat muzułmański od Maghrebu do Kaukazu*, Warszawa 2013, s. 45.

i „nieprzystojności” pobierania wysokich odsetek)²¹. Odsetki w wyjątkowym wymiarze 12% dopuszczono dla *feni nautici* – pożyczki morskiej, ze względu na duże ryzyko, związane z morskim transportem towarów; i tak jednak stanowiło to znaczne ograniczenie w stosunku do wcześniejszych uregulowań, wg niektórych interpretacji dopuszczających w tym wypadku odsetki w wysokości nawet 100% w skali roku²².

Ustawodawstwo justyniańskie zabraniało także anatocyzmu – zarówno poprzez włączanie odsetek do kapitału (*anatocismus conjunctus*), jak i poprzez traktowanie wcześniejszych odsetek jako odrębnej, oprocentowanej sumy (*anatocismus separatus*). Niedopuszczalne było również, by odsetki przerosły wysokość należności głównej (*ne ultra alterum tantum*).

3. Chrześcijańskie średniowiecze

Mając oparcie w Biblii i (w pewnym stopniu) w tradycji rzymskiej, chrześcijaństwo zwalczało lichwę od samych początków swego istnienia w formie zinstytucjonalizowanej²³; Pierwszy Sobór Nicejski zakazał w 325 r. pobierania odsetek od pożyczek klerowi (kan. 17), co następnie w 443 r. papież Leon Wielki rozszerzył na laikat. Wyjątkowo jednak, na podstawie wspomnianego szczególnego ustępu z Księgi Powtórzonego Prawa (Pwt 30, 20–24), dopuszczano lichwę w czasie wojny – jak napisał św. Ambroży, *ubi ius belli ibi ius usurae*²⁴. Jak można zauważyć, pewien kompromis między podejściem chrześcijańskim a klasycznym stanowiło wyżej opisane ustawodawstwo justyniańskie, dopuszczające odsetki, jednak mocno je ograniczające²⁵.

Utożsamienie lichwy z pobieraniem odsetek przetrwało całe średniowiecze, co nie dziwi, zważywszy na nierozzerwalne powiązanie ówczesnych prądów umysłowych z chrześcijaństwem. Z oczywistych, ewangelicznych względów odpadła co do zasady także wspomniana wyżej starotestamentowa możliwość pobierania odsetek od „obcych” – choć zarazem umożliwiała ona wciąż trudnienie się lichwą Żydom w stosunkach z „gojami”. W efekcie zmonopolizowali oni w średniowieczu tę niszę gospodarczą – by wspomnieć choćby potężnego Lewkę, osobistego bankiera Kazimierza Wielkiego²⁶. Miarę zysków, jakie Hebrajczycy mogli czerpać z tego procederu, przedstawiają ograniczenia, nałożone przez tegoż króla na lichwiarzy żydowskich w Królestwie Polskim – maksymalną stawkę odsetek ustalono na pół grosza od grzywny tygodniowo, co w skali roku dawało ok. 50% (!)²⁷. Stanowiło to niewątpliwie jeden z impulsów dla

²¹ L. von Kirchstetter, F. Maitisch, *op.cit.*, s. 513. Tak również J.A. Bolles, *op.cit.*

²² Co do istoty i znaczenia instytucji pożyczki morskiej zob. G. Blicharz, *Rzymska pożyczka morska a swoboda inwestowania w ryzykowne przedsięwzięcia*, *Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa* 7/2014, s. 11–27.

²³ Zob. M. Ramocka, *op.cit.*, s. 299–300.

²⁴ Św. Ambroży, *De Tobia*, 15, 51.

²⁵ Zob. I.D. Czechowska, *Dylematy związane z nadmiernym pobieraniem odsetek. Perspektywa historyczna i teraźniejszość*, *Annales. Etyka w życiu gospodarczym* 2013, t. 16, s. 190–191.

²⁶ A. Marylski, *Dzieje sprawy żydowskiej w Polsce*, Warszawa 1912, s. 79 i nast.

²⁷ Z. Gloger, *Lichwa* [w:] *Encyklopedia staropolska*, t. III, Warszawa 1902.

narodzin antyjudajizmu²⁸, a później antysemityzmu – aż do czasów najnowszych Żydzi nazbyt często bywali w Europie kojarzeni z szekspirowskim Shylockiem.

Przeciwko pobieraniu odsetek zdecydowanie opowiadali się wszyscy scholastycy – św. Tomasz z Akwinu w ślad za „Fizyką” Arystotelesa stwierdzał, iż *nummus non parit nummos* – „pieniądz nie rodzi pieniądza”, gdyż jest jedynie środkiem ułatwiającym obrót, służącym do zapłaty ceny; w „Summie teologicznej” (cz. II, cz. 2, pyt. 78) stwierdza jasno: „brać lichwę z pożyczki pieniężnej jest niesprawiedliwe samo z siebie, gdyż znaczy to sprzedawać coś, co nie istnieje (*quia venditur id quo non est*), to zaś ewidentnie prowadzi do nierówności, co jest sprzeczne ze sprawiedliwością”²⁹. Dalej stwierdza Akwinata, iż grzechem jest także branie jakiegokolwiek innego, niepieniężnego wynagrodzenia za pożyczkę. By zaś zacytować innych myślicieli owego okresu: „pieniądz nie daje w sposób naturalny żadnego owocu, zaś winna latorośl jest w sposób naturalny zdolna do owocowania” (tak Tomasz z Chobham); „pieniądz sam z siebie i przez siebie nie przynosi owoców, biorą się one skądinąd” – dodaje św. Bonawentura³⁰.

Co za tym idzie, wbrew naturze rzeczy jest czerpać zysk z „pracy” pieniądza, która nie tylko jest fikcją, ale w dodatku trwa bez przerwy (co godzi w III przykazanie). W swojej istocie zysk z pieniądza wynika tylko z upływu czasu – ten zaś należy wyłączyć do Boga; w pewnym więc sensie lichwiarz „okrada” Najwyższego³¹. Myśl scholastyczna generalnie traktowała zatem pobór odsetek jako formę przemocy przeciw Bogu, a to przez działanie wbrew prawom natury. Stąd właśnie w „Boskiej Komedii” („Piekło”, Pieśń XI) Dante umieszcza smaganych ognistym deszczem lichwiarzy w piekle obok sodomitów – w opisanym rozumieniu była to taka sama kategoria ciężkiego grzechu.

Problem był obecny (i jest do dziś) także w świecie islamskim, również kategorycznie odrzucającym lichwę³²; wielokrotnie została ona napiętnowana w samym Koranie³³. Zrodziła się w ten sposób idea bankowości islamskiej, w której zysk inwestorów generowany jest poprzez realne inwestycje; ciężar ryzyka jest przy tym rozłożony proporcjonalnie. Świat islamski wypracował ponadto rozmaite formy omijania zakazu pobierania odsetek, np. poprzez swoistą regulację spółki czy umowę znaną jako *contractus mohatrae* (arab. *muhatara* – ryzyko)³⁴.

Ta ostatnia instytucja – mająca zresztą jeszcze rzymskie korzenie – została zaadaptowana do prawa europejskiego i znalazła szerokie zastosowanie. Encyklopedia Gutenberga definiowała ją jako „oddanie towaru osobie drugiej, ażeby ona go sprzedała,

²⁸ „Antysemityzm” stanowi określenie stosowane do późniejszej (od XIX w.) antypatii do Żydów, motywowanej względami raczej narodowo-etnicznymi, aniżeli religijnymi, jak to miało miejsce w średniowieczu i czasach nowożytnych.

²⁹ Tłum. własne wg wersji ang.: <http://www.newadvent.org/summa/3078.htm>, 30.12.2016; zob. także E. Gilson, *Tomizm. Wprowadzenie do filozofii św. Tomasza z Akwinu*, Warszawa 1988.

³⁰ Zob. J. Le Goff, *Sakiewka i życie – gospodarka i religia w średniowieczu*, Gdańsk 1995.

³¹ Zob. Thomas of Chobham, *Summa Confessorum*, Paris 1968.

³² M. Ramocka, *op.cit.*, s. 300–301.

³³ Zob. np. Koran 2:275–280, 3:130, 4:161, 30:39.

³⁴ S. Ewertowski, *Lichwa, potępiana forma chciwości*, Studia Elbląskie 2012, 13, s. 367–368.

a zapłatę zatrzymała sobie, jako pożyczkę”³⁵. Była to właściwie forma zamaskowanego kredytu kupieckiego – cenę bowiem, za jaką przedmiot miał być sprzedany osobie trzeciej (a która miała być zwrócona przez „pośrednika” pierwotnemu właścicielowi), ustalano zwykle w umowie pomiędzy stronami, najczęściej w wysokości zawyżonej³⁶. W ten sposób osiągano faktyczny efekt oprocentowanej pożyczki; czasem zresztą zakaz poboru odsetek obchodzono jeszcze bardziej bezpośrednią metodą – jak pisał Samuel von Pufendorf: „Kto potrzebuje pieniędzy, kupuje za najwyższą cenę płatną w dniu spełnienia świadczenia, a na tej podstawie kupiec płaci i natychmiast to samo za gotówkę po najniższej cenie odkupuje”³⁷.

4. Czasy nowożytne i reformacja

Realia obrotu gospodarczego późnego średniowiecza (rozwój handlu i powstanie bankowości, pojawienie się obrotu wekslowego) stwarzały coraz większy rozdźwięk między wyżej opisaną teorią a praktyką. Już w 1215 r. Sobór Laterański IV zagroził utratą prawa do handlu z chrześcijanami Żydom, jeżeli będą pobierać „zbyt wysokie i przekraczające miarę odsetki”³⁸ – uznano zatem samo prawo Izraelitów do ich pobierania³⁹. Zarazem jednak kolejne sobory powszechne w XIII i XIV w. podkreślały, że uprawianie lichwy jest grzechem ciężkim, pozbawiającym prawa do chrześcijańskiego pochówku⁴⁰ i zaciągającym ekskomunikę.

Starano się szukać kompromisów – wyrazem tego było np. powstawanie „banków pobożnych”, udzielających nieoprocentowanych pożyczek pod zastaw osobom ubogim⁴¹. Sobór Laterański V zezwolił im na pobieranie opłat od pożyczek, służących pokryciu kosztów działalności:

My (...) z aprobatą świętego soboru, oświadczamy i stwierdzamy, że wspomniane „banki pobożne” ustanowione przez państwa, a powagą Stolicy Apostolskiej dotychczas aprobowane i potwierdzone, w których ze względu na ich koszty i wynagrodzenie strat pobiera się jakąś opłatę na same pensje ich zarządców i inne rzeczy związane (jak powiedziano wyżej) z ich utrzymaniem ze względu na zwrot ich kosztów, nie przejawiają oznak zła ani podniety do grzechu, ani w żaden sposób nie są naganne, byleby opłata ponad kapitał nie przynosiła im zysku⁴².

³⁵ Mohatra [w:] *Wielka Ilustrowana Encyklopedia Powszechna Wydawnictwa Gutenberga*, t. X, Kraków 1929.

³⁶ Zob. R. Kaczmarczyk, *op.cit.*, s. 46–48.

³⁷ S. von Pufendorf, *De jure naturae et gentium libri octo*, t. VIII, 1672, s. 677, tłum. R. Kaczmarczyk.

³⁸ Sobór Laterański IV, konstytucja 67; „im bardziej religia chrześcijańska usiłuje powstrzymać praktykę lichwy, tym bardziej zawzięcie tę niegodziwość uprawiają Żydzi i dzięki temu w krótkim czasie pochłaniają majątki chrześcijan”.

³⁹ Zob. W. Morawski, *Zarys powszechnej historii pieniądza i bankowości*, Warszawa 2002, s. 49.

⁴⁰ Sobór Laterański II, kan. XIII.

⁴¹ Warto wspomnieć, że ostatnią tego typu instytucją na ziemiach polskich i jedną z ostatnich w Europie był Bank Pobożny w Krakowie, założony przez x. Piotra Skargę i powiązany z Arcybractwem Miłosierdzia, istniejący do 1948 r.; zob. Z. Gloger, *Bank pobożny w Krakowie* [w:] *Encyklopedia...*

⁴² Sobór Laterański V, sesja 10 (4 V 1515 r.), I, 7.

Sporadycznie dozwalał Kościół również na inne wyjątki – np. papież Marcin V w 1421 r. (co potwierdził Kalikst III w 1455 r.), na wniosek miasta Wrocławia oraz duchowieństwa Merseburga, uznał za dozwolone kupno rent, choć instytucji tej używano do ukrytego poboru odsetek⁴³.

Wyraźny przełom w stosunku do pobierania odsetek stanowiła Reformacja. W przeciwieństwie do stojącego na scholastycznym stanowisku Lutra⁴⁴, Kalwin dopuścił bowiem pobieranie odsetek w transakcjach handlowych⁴⁵, odrzucając jednakże możliwość czerpania zysku z pożyczek dla ubogich i potrzebujących⁴⁶. Prąd ten zaznaczył się szybko nawet w krajach katolickich, w tym będących pod berłem Habsburgów – w październiku 1540 r. Stany Generalne (*Staten Generaal*) za zgodą Karola V dopuściły na terenie (wciąż jeszcze katolickich i cesarskich) Niderlandów odsetki w obrocie handlowym w wysokości aż do 12%, uznając za lichwę (*woekerie*) dopiero przekroczenie tego progu⁴⁷. W tym samym okresie podobne ustawodawstwo pojawiło się również m.in. w Anglii.

Sytuacja szczególna miała miejsce na terenach Rzeszy (tj. Świętego Cesarstwa Rzymskiego Narodu Niemieckiego). Charakteryzował ją silny wpływ prawa rzymskiego, zaadaptowanego jako „prawo powszechne” (*gemeines Recht*). W materii prawa prywatnego trwał on zasadniczo – pomijając ziemie austriackie, gdzie już w 1811 r. wprowadzono ABGB – aż do końca XIX w. Wpływ ten, jak też wyżej opisane stanowisko katolickie i luteriańskie (a więc dwóch wyznań dominujących w Niemczech), rzutował na długie utrzymanie się restrykcji co do lichwy i odsetek. Regulacje prawne tej kwestii przez dłuższy czas pozostawały jednak fragmentaryczne i rozproszone, przede wszystkim ze względu na postępującą polityczną dekompozycję i decentralizację Rzeszy.

Wśród pierwszych ustaw, zezwalających na pobór odsetek na ziemiach habsburskich, wymienić należy cesarskie rozporządzenie policyjne (*Reichspoliceyordnung*) z 1500 r., które dopuściło pobór przez kupca renty rocznej odsetek maksymalnych od włożonego kapitału w wymiarze 5%. Takie rozwiązanie poparł Konrad Summenhart⁴⁸ w dziele *Opus septipartitum de contractibus*. Przeciwnie wypowiedział się ówczesny wybitny

⁴³ L. von Kirchstetter, F. Maitisch, *op.cit.*, s. 513.

⁴⁴ Zob. np. *Confessio. Christliche Bekenntnis des Glaubens etlicher Evangelischer Prediger in Osterreich*, Eisleben 1567, rozdz. 25: „Wucher nennen wir alles, was man an gelde oder gut, mehr und besser nimmt, denn man ausgeliehen hat” – „lichwā nazywa się to wszystko, gdy w pieniądzach lub dobrach bierze się [z powrotem] więcej, niż się pożyczło”.

⁴⁵ Zob. R.H. Tawney, *Religion and the Rise of Capitalism*, New York 1927.

⁴⁶ „Kalwin rozpoczął od wspaniałej teoretycznej obrony poboru odsetek, dodając następnie szereg zastrzeżeń. Liberalni scholastycy zaczęli zaś rozumowanie od zakazu lichwy, a następnie go łagodlili”; zob. M. Rothbard, *Ekonomia Kalwina i kalwinizmu*, tłum. D. Głowiński, <http://mises.pl/blog/2010/08/27/rothbard-ekonomia-kalwina-i-kalwinizmu/>, 15.05.2017.

⁴⁷ *Handbook of Key Global Financial Markets, Institutions, and Infrastructure*, red. Gerard Caprio Jr., London-Waltham-San Diego 2013, s. 242; zob. też Earl J. Hamilton, *American Treasure and the Price Revolution in Spain, 1501–1650*. Cambridge 1934.

⁴⁸ Ur. 1450, zm. 1502, wybitny niemiecki teolog, kanonista, ekonomista i filozof; profesor i rektor uniwersytetu w Tybindze, prekursor reformacji; zob. H. Feld, *Konrad Summenhart* [w:] *Biographisch-Bibliographisches Kirchenlexikon*, Band 11, Bautz, Herzberg 1996.

jurysta lipski, Christoph Küppener (Cuppener), który poświęcił kwestii lichwy osobną publikację⁴⁹. Kwestia dopuszczalności odsetek była zatem aktualna i wzbudzała żywe dyskusje jeszcze przed Reformacją.

Cesarskim rozporządzeniem policyjnym z 1577 r. odsetki w tej samej wysokości zostały dozwolone w przypadku pożyczek dawanych przez Żydów. W 1600 r. ustalono pięcioprocentową stawkę odsetek za opóźnienie, zaś po wojnie trzydziestoletniej, w obliczu ogólnej zapaści ekonomicznej, dopuszczono ją dla kontraktów w ogólności⁵⁰. Widać zatem wyraźnie że, niezależnie od epoki, w sytuacjach kryzysowych ochrona strony słabszej ustępować musiała ułatwieniom dla przepływu kapitału, mającym w założeniu pobudzić gospodarkę i zachęcić do inwestycji.

W tym także okresie, inspirowane prawem justyniańskim, zdefiniowano w doktrynie rozróżnienie odsetek (*Interesse*) od lichwy (*usura*, *Wucher*), stwierdzając, że stawka *Quicunces* (czyli wyżej wspomniany podstawowy wymiar 5% w skali roku) stanowi godziwe wynagrodzenie za użytkowanie kapitału, nie zaś formę „zabronionego prawami Bożymi, naturalnymi i ludzkimi” czerpania zeń zysku⁵¹.

Od takiego traktowania lichwy odstąpiono dopiero w 1787 r., kiedy to patentem z 29 stycznia tegoż roku⁵² cesarz Józef II zniósł całkowicie karalność lichwy i ograniczenia co do wysokości odsetek. Tak radykalna regulacja, idąca nawet dalej niż postulaty samego Adama Smitha⁵³, spotkała się z żywą krytyką, m.in. Josepha von Sonnenfelsa⁵⁴ (mimo jego liberalizmu) i ostatecznie okazała się być krótkotrwałą – przeżyła swego twórcę zaledwie o kilkanaście lat.

Prawo staropolskie zajmowało z kolei co do odsetek i lichwy stanowisko stosunkowo liberalne; Zygmunt August wprowadził ograniczenie odsetek do wysokości 8%, „lichwa jednak nie pociągała za sobą żadnej kary i procent, choćby największy, sąd mógł uznać za prawny”⁵⁵. Dopiero w 1775 r. przyjęta została maksymalna stawka odsetek w wymiarze 5%, odpowiadająca podstawowej ich stawce w Świętym Cesarstwie Rzymskim (zob. wyżej). Niezależnie jednak od ustawodawstwa, lichwa była w ówczesnej Polsce – podobnie jak i w całej Europie – potępiana. I tak np. jezuita Marcin Śmiglecki w wielokrotnie wznawianym dziele „O lichwie i wyderkach”⁵⁶, choć dopuszczał

⁴⁹ *Ein schons Buchlein – daraus ein itzlicher Mensch lernen mag was Wucher und wucherische Händel sein*, Leipzig 1508.

⁵⁰ M. von Stubenrauch, M. Schuster, K. Schreiber, *Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche*, Wien 1888, s. 341.

⁵¹ Zob. np. J.Ch. Frölich von Frölichsburg, *Commentarius In Kayser Carl deß Fünfften, und deß H. Röm. Reichs Peinliche Hals-Gerichts-Ordnung; Zweyter Tractat*, Franckfurt 1720, s. 393–395.

⁵² *Patent vom 29. Januar 1787. für gesamte Länder*.

⁵³ Zob. W.A.M. Visser, A. McIntosh, *A Short Review of the Historical Critique of Usury* [w:] *Accounting, Business & Financial History*, 8:2, London 1998, s. 175–189.

⁵⁴ J. von Sonnenfels, *Uiber Wucher und Wuchergesetz: eine Vorstellung mit Anmerkungen*, Wien 1789 oraz J. von Sonnenfels, *Zu Herrn Hofraths von Keeß Abhandlung: Ueber die Aufhebung der Wuchergesetze*, Wien 1791.

⁵⁵ Z. Gloger, *op.cit.*

⁵⁶ M. Śmiglecki, *O Lichwie y O Wyderkach, Czynszach, Spolnych Zarobkach, Naymach, Arendach y o Samokupstwie* Krotka Nauka, Wilno 1641.

charakterystyczną dla prawa staropolskiego instytucję wyderku (z niem. *Wiederkauf* – udzielanie pewnej sumy pieniężnej w zamian za nieruchomość, z której następnie osoba udzielająca tejże sumy pobierała korzyści finansowe), to jednak stwierdzał stanowczo: „lichwa nie jest nic innego, jedno zysk, który z pożyczania rośnie”; zgodnie z ówczesnym stanowiskiem Kościoła uznawał zatem za lichwę pobór odsetek w ogóle.

Ze zmieniającą się praktyką i regulacją prawną nie szła bowiem początkowo w parze zmiana nauczania Stolicy Apostolskiej – zgodnie z ugruntowanym od późnego średnio-wieczu stanowiskiem, pobór wynagrodzenia od pożyczonych pieniędzy dopuszczalny był tylko w trzech sytuacjach: *damnum emergens*, *lucrum cessans* (a więc wynagrodzenie poniesionej szkody i utraconego zysku)⁵⁷ oraz *periculum sortis* (odszkodowanie za ryzyko związane z obawą, że dłużnik może zbankrutować, umrzeć, itp.)⁵⁸. Jeszcze w 1745 r. w encyklice *Vis pervenit* papież Benedykt XIV pisał, iż

natura grzechu zwanego lichwą ma swoje właściwe miejsce i źródło w kontrakcie pożyczki. Ten finansowy kontrakt uzgodniony między stronami żąda, z samej swej natury, żeby jedna osoba zwróciła drugiej tylko tyle, ile otrzymała. Grzech polega na tym, że czasami kredytodawca żąda więcej, niż pożyczył. Zatem utrzymuje on, że należy mu się pewien zysk poza tym, co pożyczył, ale jakkolwiek zysk (...) jest bezprawny i lichwiarski. (...) Prawo rządzące pożyczkami polega nieodzownie na równości tego, co jest pożyczone i zwrócone (...). Dlatego, jeśli ktoś otrzymuje odsetki, musi zwrócić przywłaszczony mienie zgodnie z wzajemnym zobowiązaniem sprawiedliwości⁵⁹.

W wieku XIX, w obliczu konsekwentnego rozprzestrzeniania się kapitalistycznego modelu gospodarki, również i stanowisko Kościoła uległo złagodzeniu w zakresie odsetek. W 1830 r., na zapytanie biskupa z Rennes w Bretanii, papież Pius VIII stwierdził, że nie należy „niepokoić przy spowiedzi” (*non esse inquietandos*) ludzi pobierających odsetki, jeśli „wyrażą gotowość poddania się orzeczeniu Stolicy Apostolskiej, które w tej sprawie będzie wydane”⁶⁰. Orzeczenia takiego ostatecznie nie wydano, jednakże stopniowo, nieformalnie Kościół dopuszczał pobieranie odsetek (acz nie wyższych niż ok. 5%), zarazem piętnując wyzysk; papież Leon XIII podkreślał w słynnej encyklice *Rerum novarum* z 1891 r., że „w sumieniu obowiązani są bogaci wystrzegać się, by nie robili uszczerbku w mieniu proletariuszy zarówno gwałtem, jak podstępem i lichwą”⁶¹.

Dopiero w Kodeksie Prawa Kanonicznego z 1917 r. znalazł się kanon 1543, który stanowił:

jeżeli się daje komuś rzecz wymienną (*res fungibilis*) w tym celu, by się stała jego własnością, a następnie zostało zwrócone tyleż samo w tym samym rodzaju, nie wolno pobrać żadnego zysku z racji umowy; lecz przy użyczeniu rzeczy wymiennej nie jest samo przez się niedozwolone pobierać zysk dopuszczony prawem, chyba

⁵⁷ I.D. Czechowska, *op.cit.*, s. 191.

⁵⁸ Zob. A. Doboszyński, *Odsetki*, <http://www.dystrybucjonizm.pl/adam-doboszynski-odsetki/>, 30.12.2016.

⁵⁹ Benedykt XIV, *Vix pervenit*, 3, I-II.

⁶⁰ A. Doboszyński, *op.cit.*

⁶¹ Leon XIII, *Rerum novarum*, 17.

że wiadomo, iż ten zysk jest nadmierny, lub nawet zysk większy od dozwolonego prawem, jeżeli tylko przemawia za tym jakiś sprawiedliwy, i będący w odpowiednim stosunku od oddanej przysługi, tytuł.

Jak to skomentował znany narodowo-katolicki polityk, pisarz i publicysta Adam Doboszyński:

zdaje się, że właściwa interpretacja tego artykułu wygląda w ten sposób: w pierwszej części Kościół podtrzymuje teoretycznie w całości odwieczny swój zakaz pobierania odsetek; w drugiej zaś części kapituluje w praktyce, nie czując się na siłach walczyć z prądem czasu, i nie chcąc narażać zarówno spowiedników, jak i ich owieczek, na rozterkę duchową, przekraczającą ich duchowe możliwości⁶².

Trafnie stwierdził znany ekonomista, Alejandro Chafuen, iż „doktryna lichwy była piętą achillesową scholastycznej ekonomii. Zapędziła ona scholastyków i ich XVI- i XVII-wiecznych następców w nie dające się przezwyciężyć trudności, które przyczyniły się wielce do skompromitowania całej doktryny”⁶³. U progu nowoczesności Kościół faktycznie zaakceptował zatem zjawisko odsetek kapitałowych, przychylając się do rzymskiego rozumienia tej kwestii – wielowiekowe stanowisko musiało ustąpić realiom życia społecznego i ekonomicznego; taka wykładnia pozostaje, co do zasady, aktualna do chwili obecnej.

6. Zakończenie

Niniejszy artykuł warto zakończyć kilkoma obserwacjami. Prześledzenie dziejów regulacji odsetek i lichwy ukazuje bowiem zjawisko ciekawe i ponadczasowe – wielowiekową konkurencję dwóch koncepcji ich uregulowania.

Pierwsza z nich ma oparcie w Starym Testamencie i teologii chrześcijańskiej, inspirowanej po części filozofią antyczną. Podkreśla ona ryzyko fundamentalnej niesprawiedliwości, związanej z poborem odsetek – czy to jakichkolwiek, czy tylko zawyżonych. Stąd wypływa przeświadczenie o konieczności państwowego nadzoru nad tym aspektem relacji prywatnoprawnych – zarówno poprzez sankcje karne, jak i cywilne, sprowadzające się do nieważności bądź wzruszalności umów, uznanych za lichwiarskie. Uznać można, że umiarkowana wersja tego podejścia zatriumfowała współcześnie.

Podejście drugie – to podejście liberalne, którego załączki uwidoczniły się w Rzymie czasów przełomu er, czy koncepcjach Kalwina, zaś ostatecznie wyrażone zostały przez myślicieli oświeceniowych oraz ojców liberalizmu w XVIII-XIX w. Wychodząc z koncepcji wolnorynkowych i mając oparcie w fundamentalnych zasadach prawa prywatnego (swoboda umów, autonomia stron), neguje ono potrzebę ingerowania władzy w sprawę wynagrodzenia za korzystanie z kapitału; byłoby to nieuzasadnione, skoro pieniądź to towar, nie zaś *sui generis* środek wymiany, jak chcieli filozofowie starożytności i średniowiecza. Próby wprowadzenia w życie takiej (de)regulacji okazywały się

⁶² A. Doboszyński, *op.cit.*

⁶³ Cyt. za: ks. J. Kracik, *Kredyt i lichwa jako zjawiska społeczne*, <http://jazon.hist.uj.edu.pl/zjazd/materialy/kracik.pdf>, 15.05.2017, s. 8.

jednak efemeryczne (*vide* patent Józefa II z 1787 r.), jednak wpłynęły na głęboką zmianę postrzegania poboru odsetek, również przez Kościół.

Choć zatem i dziś, jak przed wiekami, szekspirowski Shylock nie mógłby liczyć na pobłażanie ustawodawcy, to na innej podstawie – dziś patrzy się na lichwę nie z punktu obrazu praw Boskich czy państwowych, lecz raczej jak na kolejne nadużycie „większego i silniejszego”, które winno być eliminowane. Jest to zatem podejście analogiczne, jak w przypadku regulacji konsumenckich, czy wzorców umownych. Również i prawo karne niecałkowicie umyło ręce od tej kwestii – we współczesnych kodyfikacjach (art. 304 k.k. czy § 154 austriackiego StGB) wciąż penalizowany jest wyzysk, który (jak wspomniano na wstępie) zawiera w sobie także i lichwę. Jak zatem przed dwustu i więcej laty, regulacja lichwy pozostaje dwutorowa.

Problem ten pozostaje zarazem żywy i aktualny w legislacji polskiej, co widać np. w nowelizacji przepisów k.c. o odsetkach z 2015 r. Trwające w chwili obecnej (koniec 2016 r.) dyskusje, dotyczące kwestii kredytów hipotecznych we frankach szwajcarskich, czy działalności firm pożyczkowych i regulacji kredytu konsumenckiego upewniają, że problemy lichwy, wyzysku i odsetek nigdy nie tracą na aktualności.

Zmiany realiów gospodarczych nie wpływają bowiem na tak podstawowe elementy ludzkiej natury, jak nierówności i żądza zysku; kwestią niemożliwą do definitywnego rozstrzygnięcia jest, czy, jak dalece i w jaki sposób ustawodawca winien korygować wynikające stąd nadużycia.

* * *

Interest and Usury in European Legal Tradition until the Early Modern Period

This thesis refers to phenomena of interest and usury, analyzing it from the perspective of legal history. For this purpose described are philosophical and religious grounds for attitude towards usury in Europe since Ancient times (Biblical rigorism, Romans' attitude, softening in time) through Middle Ages until the early modern period. Special emphasis is placed on the Christian vision of that phenomenon which determined negative perception of interest in general until the Reformation. Evolution of that attitude is shown on examples of various subsequent legal regulations. That leads to depiction of two competing visions of usury – rigorous and liberal, which eventually dominated a contemporary legislation as well as, in fact, teaching of the Church. However, emphasized is also continuous actuality and fundamentality of that dilemma for a present legislator too.

Key words: usury, interest, Christianity, Canon law, Holy Roman Empire, Reformation, Jews

Adam Rzetecki¹

Zwolnienie z podatku od towarów i usług eksperymentów medycznych

Streszczenie:

Eksperymenty medyczne mają ogromny wpływ na rozwój współczesnej nauki. W polskim systemie prawnym wyróżniamy eksperyment leczniczy, eksperyment badawczy i badanie kliniczne. Podstawowy problem sprowadza się do interpretacji głównego celu eksperymentu, ponieważ determinuje on możliwość zwolnienia z podatku od towarów i usług. Jednakże obecna ustawa nie precyzuje katalogu wymogów, które powinny być osiągnięte przez eksperyment medyczny. Wymogi te opierają się głównie na doktrynie i prawie Unii Europejskiej. W konsekwencji zwolnienie z podatku od towarów i usług zależy od wykładni dokonywanej przez sądy. Mając na uwadze ten fakt, szczegółowych informacji na temat możliwości zwolnienia eksperymentów medycznych z opodatkowania podatkiem od towarów i usług dostarczyć mogą jedynie przykłady z praktyki.

Słowa kluczowe: eksperyment medyczny, eksperyment leczniczy, badanie kliniczne, podatek od towarów i usług, zwolnienie podatkowe

1. Wprowadzenie

Ochrona zdrowia stanowi przedmiot niekończącej się debaty publicznej, a funkcjonowanie systemu opieki zdrowotnej jest istotnym kryterium, w oparciu o które społeczeństwo dokonuje oceny pracy rządzących. Mając na uwadze fundamentalne znaczenie newralgicznej sfery życia człowieka jaką jest zdrowie, państwo deklaruje równy dostęp

¹ Autor jest doktorantem w Katedrze Prawa Finansowego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu.

do opieki medycznej². Jednym z działań, które może przyczynić się do urzeczywistnienia tego zamiaru, jest zaproponowanie przez ustawodawcę korzystnych rozwiązań w sferze fiskalnej, na przykład w postaci zwolnień podatkowych dla usług z zakresu opieki medycznej. Zwolnienie to wiąże się z definitywnym wyłączeniem określonej kategorii podmiotów lub przedmiotów spod opodatkowania³. Sztandarowym przykładem takiego działania jest art. 43 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług⁴, przewidujący korzystne rozwiązania na przykład dla usług związanych z ochroną zdrowia, potwierdzając tym samym społeczną funkcję zwolnień podatkowych⁵. W dobie gwałtownego rozwoju medycyny, gdy nacisk kładzie się na innowacyjność zastosowanych rozwiązań, wzrasta rola eksperymentu medycznego, który niejednokrotnie jest jedyną nadzieją dla pacjentów cierpiących na rzadkie, pozornie nieuleczalne choroby. Wydaje się jednak, że ustawodawca nie dostrzega specyfiki i znaczenia nowatorskich badań we współczesnej nauce, a organy podatkowe oraz sądy administracyjne pomijają znaczenie eksperymentów medycznych dla zdrowia pacjenta, co w konsekwencji prowadzi do trudności z opodatkowaniem tych zdarzeń podatkiem od towarów i usług. Badania eksperymentalne są konieczne nie tylko dla postępu medycyny, ale w wielu przypadkach stanowią jedyną szansę na uratowanie zdrowia pacjentów. Warto zaznaczyć, że lekarze przygotowani do uczestniczenia w badaniach eksperymentalnych mają nie tylko prawo, ale i moralny obowiązek ich przeprowadzania, jeżeli jest to niezbędne w leczeniu⁶.

2. Zwolnienie usług z zakresu opieki medycznej z opodatkowania podatkiem od towarów i usług

2.1. Podstawa prawna dla zwolnienia usług opieki medycznej z podatku od towarów i usług w Polsce

W obecnym stanie prawnym zwolnieniu z opodatkowania podatkiem od towarów i usług podlegają te usługi opieki medycznej, które służą profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu, jak również poprawie zdrowia⁷. Zwolnienie dotyczy ponadto dostawy towarów i świadczenia usług ściśle związanych z tymi czynnościami⁸. Warto w tym miejscu zaznaczyć, że ustawodawca wskazuje, iż usługi te muszą być świadczone przez podmioty lecznicze⁹, ewentualnie na ich rzecz, na terenie ich zakładów

² M. Bartoszewicz, Art. 68 [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, <https://sip.lex.pl/#/komentarz/587599052/396492>, 14.12.2016.

³ A. Gomułowicz, J. Małecki, *Podatki i prawo podatkowe*, Warszawa 2013, s. 119.

⁴ Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz.U. 2016 poz. 710 z późn. zm.).

⁵ A. Buczek, H. Dzwonkowski, L. Etel, J. Gliniecka, J. Glumińska-Pawlic, A. Huchla, W. Miemiec, Z. Ofiarski, J. Serwacki, M. Zdebel, Z. Zgierski, *Prawo podatkowe*, Warszawa 2006, s. 12, 21–23.

⁶ S. Kornas, *Czy wolno lekarzowi eksperymentować na człowieku?*, http://www.mp.pl/etyka/medycyna_eksperymentalna/38912, czy-wolno-lekarzowi-eksperymentowac-na-czlowieku#1, 12.12.2016.

⁷ M. Jaworowski, K. Zakolski, *VAT w ochronie zdrowia*, Przegląd Podatkowy 11/2013, s. 36–37.

⁸ J. Budziszewski, *Podatki w praktyce*, Doradztwo Podatkowe 12/2014, s. 61–63.

⁹ J. Martini, *Zakres zwolnienia z VAT usług medycznych*, Jurysdykcja Podatkowa 2/2011, s. 5–7.

lecniczych albo w ramach zawodów wymienionych w art. 43 ust. 1 pkt. 19 ustawy o podatku od towarów i usług:

- a) lekarza i lekarza dentysty,
- b) pielęgniarki i położnej,
- c) medycznych, o których mowa w art. 2 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (Dz. U. z 2015 r. poz. 618, z późn. zm.),
- d) psychologa¹⁰.

Wynika stąd jednoznacznie, że zwolnienie usług medycznych z podatku od towarów i usług ma charakter podmiotowo – przedmiotowy. Aby zrozumieć istotę problemu związanego z zastosowaniem opisanego zwolnienia w odniesieniu do eksperymentów medycznych, należy zastanowić się, w jakim stopniu spełniają one te przesłanki. Nie ulega wątpliwości, iż leczenie eksperymentalne, bez względu na jego rodzaj, realizuje przesłankę podmiotową. Opisywane działania, z uwagi na swoją specyfikę, muszą być bowiem wykonywane przez podmioty lecznicze lub też na ich rzecz¹¹. Wynika to z faktu, iż obecność lekarza (lub innego podmiotu określonego w ustawie) jest niezbędną dla zapewnienia właściwego przebiegu prowadzonych badań, a także wiąże się z koniecznością zapewnienia właściwej opieki pacjentom w nim uczestniczącym. Trudnym zadaniem jest natomiast jednoznaczne ustalenie, czy usługi te każdorazowo realizują przesłankę przedmiotową, tzn. służą profilaktyce, przywracaniu, zachowaniu, ratowaniu oraz poprawie zdrowia. Wynika to z różnorodności form eksperymentów medycznych, które w zależności od ich istoty, dążą do osiągnięcia odmiennych celów. Jednak gdy względy terapeutyczne nie stanowią głównego impulsu dla podjęcia badań, a są jedynie elementem uzupełniającym, wówczas niemożliwe staje się skorzystanie ze zwolnienia takiej usługi z podatku od towarów i usług. Ustalenie celu eksperymentu, w sposób niebudzący kontrowersji, jest zadaniem trudnym i obciążonym dużą odpowiedzialnością, dowodem czego jest zmiana podejścia sądów administracyjnych oraz organów podatkowych do analizowanej problematyki, jak również niejednoznaczna ocena poszczególnych usług związanych z ochroną zdrowia przy zastosowaniu innowacyjnych metod leczniczych.

2.2. Wpływ dyrektywy 2006/112/WE na polskie regulacje prawne zwolnienia usług medycznych z opodatkowania podatkiem od towarów i usług

Przytoczone wcześniej przepisy ustawy o podatku od towarów i usług stanowią implementację¹² do polskiego porządku prawnego przepisu art. 132 ust. 1 lit. c dyrektywy

¹⁰ Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług. Art. 43 ust. 1 pkt 19. (t.j. Dz.U. 2016 poz. 710 z późn. zm.).

¹¹ M. Czarkowski, J. Różyńska, *Świadoma zgoda na udział w eksperymencie medycznym. Poradnik dla badacza*, Warszawa 2008, s. 13.

¹² D. Dominik-Ogińska, *Usługi medyczne zwolnione z VAT [w:] Wykładnia i stosowanie prawa podatkowego. Węzłowe problemy*, red. B. Brzeziński, Warszawa 2013, s. 322.

2006/112/WE z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej (Dz.Urz. UE L 347 z 11.12.2006, s. 1, z późn. zm.)¹³. Wynika z niej, iż zwolnione od tej daniny są świadczenia z zakresu opieki medycznej, wykonywane w ramach zawodów medycznych, jak również paramedycznych określonych przez zainteresowane państwo członkowskie¹⁴. Opierając się na ugruntowanym stanowisku TSUE, zwolnienia, o których mowa w art. 132 dyrektywy 2006/112/WE, stanowią autonomiczne pojęcia prawa wspólnotowego, których głównym zadaniem jest zapobieganie rozbieżnościom w ich stosowaniu w państwach członkowskich (m.in. wyrok TSUE z dnia 18 listopada 2010 r. w sprawie C-156/09 *Finanzamt Leverkusen v. Verigen Transplantation Service International AG*)¹⁵. Dotychczasowe orzecznictwo TSUE jednoznacznie wskazuje, że pojęcie świadczenia opieki medycznej nie obejmuje świadczenia realizowanego w innym celu niż, na przykład, diagnozowanie, udzielenie pomocy medycznej, leczenie chorób czy zaburzeń zdrowotnych¹⁶, dowodem czego jest pogląd wyrażony w wyroku TSUE z dnia 20 listopada 2003 r. C-307/01 *Peter d'Ambrumenil & Dispute Resolution Services Ltd v. Commissioners of Customs & Excise*: „A zatem, to cel usługi medycznej decyduje o tym, czy powinna ona być zwolniona z podatku od towarów i usług. Dlatego też, jeśli kontekst, w jakim taka usługa jest wykonywana, pozwala ustalić, że jej głównym celem nie jest ochrona zdrowia, (...) zwolnienie nie ma zastosowania do takiej usługi”¹⁷. Ustawodawca krajowy, implementując przepisy dyrektywy 2006/112/WE, określił, iż zwolnienie od opodatkowania podatkiem od towarów i usług nie przysługuje każdej usłudze świadczonej w ramach opieki medycznej, a jedynie takiej, która jest realizowana w ramach profilaktyki, ratowania, zachowania, przywracania oraz poprawy zdrowia. Zatem wykładnia przepisów prawa podatkowego jest zależna od oceny konkretnego przypadku, a konieczność określenia, czy dana usługa powinna być opodatkowana albo zwolniona, stanowi wyzwanie dla organów podatkowych i sądów administracyjnych.

3. Cel eksperymentu medycznego a stosowanie przepisów prawa podatkowego

Prawidłowe rozstrzygnięcie dotyczące możliwości zwolnienia danej usługi medycznej z opodatkowania podatkiem od towarów i usług nie zawsze może zapaść jedynie w oparciu o przepisy ustawy podatkowej. W przypadku usług związanych z szeroko rozumianymi eksperymentami medycznymi, niezbędne jest zrozumienie pojęć medycznych, których definicje legalne zawarte są w ustawie o zawodach lekarza i lekarza

¹³ Dyrektywa 2006/112/WE Rady z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej. Art. 132 ust. 1 lit. c (Dz. Urz. UE L 347 z 11.12.2006 z późn. zm.).

¹⁴ D. Dominik-Ogińska, *op.cit.*, s. 325–326.

¹⁵ Wyrok TSUE z dnia 18 listopada 2010 r. *Finanzamt Leverkusen v. Verigen Transplantation Service International AG*, C-156/09 (ZOTSiS 2010/11B/I-11733–11760).

¹⁶ A. Bartosiewicz, *Efektywność prawa wspólnotowego w Polsce na przykładzie VAT*, Warszawa 2009, s. 345.

¹⁷ Wyrok TSUE z dnia 20 listopada 2003 r. *Peter d'Ambrumenil i Dispute Resolution Services Ltd v. Commissioners of Customs & Excise*, C-307/01 (ECR 2003/11B-I-13989).

dentysty¹⁸ oraz ustawie prawo farmaceutyczne¹⁹. Dopiero poznanie ich specyfiki i zadań, które realizują, umożliwia ustalenie skutków podatkowych na gruncie ustawy o podatku od towarów i usług.

3.1. Eksperyment medyczny

Art. 21 ust. 1 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty traktuje o podziale eksperymentów medycznych na lecznicze oraz badawcze²⁰, jednakże nie definiuje wprost jak należy rozumieć pojęcie wyjściowe. Zrekonstruowanie tej definicji musi zatem odbywać się w oparciu o regulacje międzynarodowe oraz krajowe. Eksperymentem medycznym należy określić działanie badawcze, które jest prowadzone w zgodzie przyjętymi regułami badań naukowych²¹. W trakcie trwania eksperymentu stosuje się te same procedury diagnostyczne jak przy zwykłym leczeniu. Jego przeprowadzenie może być zarazem jednym z etapów badań naukowych, jak również procesu wprowadzenia do masowej produkcji środków leczniczych. Motywacja do podjęcia działań w ramach tych eksperymentów często opiera się również na dążeniu do poprawy zdrowia przy użyciu nowatorskiej terapii, ale „powinna ona być uzasadniona aktualnym stanem wiedzy medycznej, (...), być poprzedzona staranną oceną ryzyka związanego z danym badaniem”²². Z punktu widzenia prawa podatkowego istotną rolę odgrywa wprowadzony przez ustawodawcę podział wspomnianych eksperymentów na lecznicze i badawcze. Zrozumienie ich specyfiki i odrębności pozwala bowiem odczytać cel, który im przyświeca („test może być przeprowadzany w celu osiągnięcia korzyści zdrowotnych u probanta i wówczas ma miejsce eksperyment leczniczy [ust. 2] albo jest on priorytetowo ukierunkowany na rozszerzenie wiedzy medycznej. W takim wypadku kwalifikuje się go jako eksperyment badawczy”)²³, a w konsekwencji odpowiedzieć na pytanie, w jakim stopniu wypełniają one przesłankę przedmiotową zawartą w art. 43 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług. Bezpośredni cel działań eksperymentatora stanowi bowiem główne kryterium, w oparciu o które polskie prawo wyróżnia dwa rodzaje eksperymentów medycznych²⁴.

¹⁸ Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (t.j. Dz.U. 2015 poz. 464 z późn. zm.).

¹⁹ Ustawa z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (t.j. Dz.U. 2016 poz. 2142).

²⁰ Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Art. 21 ust. 1 (t.j. Dz.U. 2015 poz. 464 z późn. zm.).

²¹ A. Wnukiewicz-Kozłowska, *Eksperyment medyczny na organizmie ludzkim w prawie międzynarodowym i europejskim*, Warszawa 2004, s. 28–37.

²² M. Nesterowicz, *Eksperyment medyczny w świetle prawa (podstawy prawne, odpowiedzialność, ubezpieczenia)*, Prawo i Medycyna, wyd.spec./2004, s. 29 i nast.

²³ R. Kubiak, *Warunki prawne dopuszczalności eksperymentów medycznych – wątpliwości dotyczące regulacji w świetle konwencji biomedycznej* [w:] *Temida w dobie rewolucji biotechnologicznej*, red. O. Nawrot, A. Wnukiewicz-Kozłowska, Gdańsk 2015, s. 133–134.

²⁴ M. Czarkowski, J. Różyńska, *op.cit.*, s. 14.

3.2. Eksperyment leczniczy

Zgodnie z art. 21 ust. 2 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty eksperymentem medycznym „jest wprowadzenie przez lekarza nowych lub tylko częściowo wypróbowanych metod diagnostycznych, leczniczych lub profilaktycznych w celu osiągnięcia bezpośredniej korzyści dla zdrowia osoby leczonej. Może on być przeprowadzony, jeżeli dotychczas stosowane metody medyczne nie są skuteczne lub jeżeli ich skuteczność nie jest wystarczająca”²⁵.

Treść przytoczonego przepisu wskazuje, że eksperyment leczniczy nakierowany jest na osiągnięcie pozytywnych skutków zdrowotnych u pacjenta, gdyż to właśnie one stanowią element konstrukcyjny definicji. Natomiast walor badawczy podejmowanych działań odgrywa drugorzędną rolę dla ustawodawcy. M. Filar wyjaśnia²⁶, iż zwrot „bezpośrednia korzyść dla zdrowia osoby leczonej”, powinno się interpretować szeroko, gdyż korzyść nie ogranicza się wyłącznie do poprawy zdrowia, ale również powstrzymania postępów choroby lub zmniejszenia cierpień chorego, czym nawiązuje do doktrynalnego pojęcia celu leczniczego. Zatem eksperyment leczniczy realizuje przesłankę przedmiotową dla zwolnienia z opodatkowania podatkiem od towarów i usług, bowiem zgodnie z treścią art. 43 ust. 1 pkt. 18 ustawy o podatku od towarów i usług są to „usługi w zakresie opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, oraz dostawę towarów i świadczenie usług ściśle z tymi usługami związane”²⁷.

3.3. Eksperyment badawczy

Eksperyment badawczy jest ukierunkowany w sposób priorytetowy na rozszerzanie wiedzy medycznej²⁸. Art. 21 ust. 3 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty stanowi, iż: „3. Eksperyment badawczy ma na celu przede wszystkim rozszerzenie wiedzy medycznej. Może być on przeprowadzany zarówno na osobach chorych, jak i zdrowych. Przeprowadzenie eksperymentu badawczego jest dopuszczalne wówczas, gdy uczestnictwo w nim nie jest związane z ryzykiem albo też ryzyko jest niewielkie i nie pozostaje w dysproporcji do możliwych pozytywnych rezultatów takiego eksperymentu”²⁹. Wynika stąd jednoznacznie, że cel stanowi tu w największym stopniu rozwój nauki, natomiast pozytywne skutki zdrowotne dla pacjenta nie są w tym przypadku najistotniejsze. Zdanie to potwierdza opinia A. Zolla, który stwierdza, że: „Eksperyment badawczy (...) nie może być przeprowadzany w celu osiągnięcia bezpośredniej korzyści dla zdrowia osoby leczonej, gdyż byłby wtedy eksperymentem leczniczym”³⁰. Nie ma zatem

²⁵ Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Art. 21 ust. 2 (t.j. Dz.U. 2015 poz. 464 z późn. zm.).

²⁶ M. Filar, *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000, s. 154–155.

²⁷ Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług. Art. 43 ust. 1 pkt 17 (t.j. Dz.U. 2016 poz. 710 z późn. zm.).

²⁸ R. Kubiak, *op.cit.*, s. 133–134.

²⁹ Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Art. 21 ust. 3 (t.j. Dz.U. 2015 poz. 464 z późn. zm.).

³⁰ A. Zoll, *Granice legalności zabiegu medycznego*, Prawo i Medycyna 1/1999, s. 29–39.

wątpliwości, że opierając się na treści powyższego przepisu, należy wykluczyć możliwość zastosowania zwolnienia z podatku od towarów i usług w odniesieniu do usług świadczonych w ramach eksperymentu badawczego, bowiem ich główną intencją nie jest pomoc pacjentowi.

3.4. Badanie kliniczne

Szczególnym rodzajem eksperymentów medycznych, w świetle polskiego prawa, są badania kliniczne³¹. Pod tym pojęciem kryją się eksperymenty badawcze, a także lecznicze dotyczące wyrobów medycznych lub produktów leczniczych. „Badanie kliniczne produktu leczniczego jest eksperymentem medycznym prowadzonym z udziałem ludzi w zamiarze odkrycia lub potwierdzenia skutków oddziaływania produktów leczniczych, celem możliwie najpełniejszego zidentyfikowania niepożądanych działań produktów leczniczych”³².

4. Podejście organów podatkowych i sądów administracyjnych do możliwości zwolnienia eksperymentów medycznych z opodatkowania podatkiem od towarów i usług

4.1. Zróżnicowane opinie organów podatkowych

Podejście organów skarbowych do kwestii zwolnienia z podatku od towarów i usług eksperymentów medycznych ulegało zmianom na przestrzeni lat. W początkowym okresie organy podatkowe, w wydawanych przez siebie interpretacjach podatkowych, stały na stanowisku, iż zwolnienie z podatku od towarów i usług przysługuje, jeśli eksperyment medyczny ma charakter eksperymentu leczniczego. Wychodziły bowiem z założenia, że jego nadrzędnym celem jest dobro pacjenta. Takie podejście nie wykluczało, co oczywiste, dążenia do osiągnięcia również korzyści poznawczej, jednak w pierwszej kolejności uwzględniano interes osoby poddanej wspomnianemu badaniu. Potwierdza to treść indywidualnej interpretacji podatkowej z 2011 roku; por. interpretacja Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z 3 sierpnia 2011 r., nr IPPP1/443-744/11-3/AP:

Każde badanie kliniczne prowadzone z udziałem pacjentów Centrum jest niepowtarzalną szansą na choćby częściową poprawę zdrowia jego pacjentów. Badane produkty lecznicze dostarczane są przez sponsora badania klinicznego generalnie za darmo. W rzeczywistości jego jedyną wymierną korzyścią jest właśnie możliwość zaproponowania pacjentom (uczestnikom badania klinicznego) alternatywnego leczenia, które jest szansą na poprawę ich zdrowia. Biorąc zatem pod uwagę mające zastosowanie w przedmiotowej sprawie przepisy prawa, (...), badania kliniczne mające charakter eksperymentu leczniczego, prowadzone na osobach chorych, korzystają

³¹ Ustawa z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne. Art. 37a ust. 2 (t.j. Dz.U. 2016 poz. 2142).

³² R. Staszewski, M. Urbaniak, *Badania kliniczne, czyli prawny i podatkowy supeł*, Rzeczpospolita – Prawo co dnia 9/2009, s. 15.

ze zwolnienia od podatku od towarów i usług na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 18 ustawy o podatku od towarów i usług³³.

W podobnym tonie wypowiedział się Dyrektor Izby Skarbowej w Poznaniu, który w interpretacji indywidualnej z 8 lipca 2011 r., nr ILPP1/443-643/11-4/MK wskazał, że: „W przypadku eksperymentu leczniczego uwzględnia się interes zbiorowy, dzięki możliwości wzbogacenia wiedzy w danej dziedzinie, jednakże przede wszystkim liczy się interes indywidualny osoby poddawanej doświadczeniu, gdyż otrzymuje ona szansę na odzyskanie zdrowia”³⁴.

Celem badania jest zatem dobro osoby poddanej doświadczeniu, ponieważ otrzymuje ona szansę na poprawę lub odzyskanie zdrowia. W takim przypadku, usługi wykonywane w ramach badań klinicznych, mogłyby skorzystać ze zwolnienia z opodatkowania podatkiem od towarów i usług.

Natomiast w odniesieniu do eksperymentu badawczego organy podatkowe jednoznacznie uznawały, że jego zasadniczym celem jest rozszerzenie wiedzy medycznej. W przywołanej już interpretacji podatkowej Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie wyrażono opinię, iż:

eksperyment badawczy (właściwe określenie: kliniczne badanie eksperymentalne) – to badanie naukowe, którego zasadniczym celem jest określenie skuteczności oraz bezpieczeństwa stosowania produktu leczniczego (...). W kontekście powyższego, zauważyć należy, iż kliniczne badanie eksperymentalne nie służy bezpośrednio zdiagnozowaniu konkretnej osoby w procesie już podjętej lub planowanej terapii. Badania kliniczne nad już stosowanymi lub nowymi lekami, (...) nie mają bezpośredniego i rzeczywistego celu polegającego na diagnozie, opiece oraz, w miarę możliwości, leczeniu chorób lub zaburzeń zdrowia³⁵.

Ówczesne stanowisko organów podatkowych należałoby uznać za prawidłowe, ponieważ uwzględnia ono brzmienie przepisów ustawy o podatku od towarów i usług, które odnoszą się do przesłanki przedmiotowej. Ich wykładnia powinna jednak być dokonywana przez pryzmat pojęć zawartych w ustawach regulujących kwestie przeprowadzania wspomnianych eksperymentów. W konsekwencji następuje rozróżnienie eksperymentów medycznych w oparciu o kryterium, jakim jest cel badania. W rezultacie możliwe staje się, zdaniem organu podatkowego, zastosowanie zwolnienia z podatku od towarów i usług, gdy można ustalić, że głównym zadaniem eksperymentu jest osiągnięcie rezultatu terapeutycznego, a więc wypełnienie przesłanki z art. 43 ustawy o podatku od towarów i usług.

Jednakże, wraz z kolejnymi interpretacjami podatkowymi, stanowisko organów podatkowych ulegało zmianie na niekorzyść podatników. Zaczęto odchodzić od oceny

³³ Indywidualna interpretacja podatkowa Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z 3 sierpnia 2011 r., nr IPPP1/443-744/11-3/AP.

³⁴ Indywidualna interpretacja podatkowa Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu z 8 lipca 2011 r., nr ILPP1/443-643/11-4/MK.

³⁵ Indywidualna interpretacja podatkowa Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z 3 sierpnia 2011 r., nr IPPP1/443-744/11-3/AP.

eksperymentów medycznych w oparciu o cel przez nie realizowany. Można zauważyć, iż organy podatkowe zaczęły dokonywać literalnej wykładni przepisów, natomiast próba ich interpretacji przez prymat regulacji wyrażonych w Ustawie o zawodach lekarza i lekarza dentysty była podejmowana incydentalnie. Organ podatkowy, oceniając możliwość zwolnienia z opodatkowania usług świadczonych w ramach badań klinicznych, zaczęły wskazywać, iż wspomniane usługi podlegają opodatkowaniu podstawową stawką podatku od towarów i usług. W ocenie organów podatkowych decydujące znaczenie ma cel wykonywania czynności w ramach badania³⁶. Gdy bowiem oprzemy się wyłącznie na regulacjach zawartych w art. 2 ust. 2 ustawy prawo farmaceutyczne, gdzie badaniem klinicznym: „jest każde badanie prowadzone z udziałem ludzi w celu odkrycia lub potwierdzenia klinicznych (...) skutków działania jednego lub wielu badanych produktów leczniczych, lub w celu zidentyfikowania działań (...)”³⁷, zauważymy, że ustawodawca nie dostrzegł ich pozanaukowych walorów. Fakt, że w związku z prowadzonymi badaniami istnieje możliwość poprawy zdrowia pacjentów, nie daje, zdaniem organów skarbowych podstaw do uznania, że usługi te mogą korzystać ze zwolnienia z opodatkowania. Dyrektor Izby Skarbowej w Łodzi w interpretacji z 30 stycznia 2013 r., nr IPTPP1/443-945/12-2/RG stwierdza bowiem, że:

przy okazji prowadzonych badań możliwa jest poprawa zdrowia osób uczestniczących w badaniu, jednak to nie daje podstaw do stwierdzenia, że realizowana przez Wnioskodawcę na rzecz zleceniodawcy usługa badawcza, korzysta ze zwolnienia z podatku od towarów i usług. Badany produkt medyczny osiąga cel terapeutyczny dopiero po przeprowadzeniu badań potwierdzających jego bezpieczeństwo i skuteczność w bliżej nieokreślonej przyszłości i hipotetycznej sytuacji, nie zaś w trakcie przeprowadzania tych badań i w odniesieniu do jego uczestników³⁸.

W przytoczonej opinii słusznie podkreślono naukowy aspekt badania klinicznego i charakterystyczny dla badań element niepewności co do skutków takiej terapii. Skoro badanie ma za zadanie dopiero potwierdzić działanie np. nowej metody leczenia, trudno zatem już w momencie jego rozpoczęcia założyć, że musi ono przyczynić się do poprawy zdrowia pacjenta. W związku z powyższym, badaniom klinicznym nie można przypisać celu leczniczego jako głównego impulsu podejmowanych działań. Identyczne stanowisko wyraża Dyrektor Izby Skarbowej w Warszawie w interpretacji indywidualnej z 9 marca 2012 r., nr IPPP3/443-1525/11-4/MK, gdzie stwierdza że: „kliniczne badanie eksperymentalne nie służy bezpośrednio zdiagnozowaniu konkretnej osoby (...). Badania kliniczne nad już stosowanymi lub nowymi lekami, które wykonywane są w celu potwierdzenia ich skuteczności i bezpieczeństwa stosowania, nie mają

³⁶ K. Figurska-Rudnicka, S. Raut, *Jak są opodatkowane badania kliniczne*, http://www.mddp.pl/mddp-audyt-publicacje/nasi-eksperti-w-mediach/ar_t,1293,jak-sa-opodatkowane-badania-kliniczne.html, 16.12.2016.

³⁷ Ustawa z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne. Art. 2 ust. 2 (t.j. Dz.U. 2016 poz. 2142).

³⁸ Indywidualna interpretacja podatkowa Dyrektora Izby Skarbowej w Łodzi z 30 stycznia 2013 r., nr IPTPP1/443-945/12-2/RG.

bezpośredniego i rzeczywistego celu polegającego na diagnozie, opiece oraz, w miarę możliwości, leczeniu chorób lub zaburzeń zdrowia”³⁹.

4.2. Znaczenie orzecznictwa NSA

Odmienne opinie organów podatkowych odnośnie możliwości zwolnienia z podatku od towarów i usług eksperymentów medycznych świadczą, iż problem jest niezwykle złożony. Analizując przywołane fragmenty interpretacji podatkowych, nie sposób oprzeć się wrażeniu, że niebagatelny wpływ na ich treść miały subiektywne opinie podmiotów, które je wydały. Przypisanie badaniom klinicznym charakteru eksperymentu leczniczego wymagało bowiem dostrzeżenia pacjenta w tym procesie oraz wyjścia poza treść definicji badania klinicznego zawartej w ustawie prawo farmaceutyczne. Również sądy administracyjne w swoich wyrokach skłaniały się ku korzystnej, z punktu widzenia podatnika, wykładni. WSA w Olsztynie w wyroku z 22 grudnia 2011 r., I Sa/Ol/690/11 stwierdził, że:

badanie kliniczne nowego leku na oddziale chemioterapii szpitala, na pacjentach ze zdiagnozowaną chorobą nowotworową, jest eksperymentem leczniczym w rozumieniu art. 21 ust. 1 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry. Zdaniem sądu, nie można przyjąć, że badanie nowego leku nie ma wartości terapeutycznych, a jego celem jest przede wszystkim poszerzenie wiedzy medycznej, a zatem cel naukowy. Badanie kliniczne produktu leczniczego realizuje cele lecznicze i badawcze, jednak to cele lecznicze są dominującym elementem wykonywanych badań (...). W konsekwencji, usługi w zakresie badań klinicznych mogą korzystać ze zwolnienia⁴⁰.

Taka wykładnia przepisów prawa podatkowego została jednak zanegowana przez NSA. Powyższy wyrok WSA w Olsztynie został bowiem uchylony wyrokiem NSA z 20 czerwca 2012 r., I FSK 406/12⁴¹. NSA orzekł, iż usługi świadczone przez szpitale na rzecz sponsora badań klinicznych nie podlegają zwolnieniu z podatku od towarów i usług. Według NSA celem prowadzenia badań klinicznych nie jest sprawowanie opieki medycznej służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia. Wynika to z faktu, że badania kliniczne przeprowadzane na ludziach stanowią etap procesu wprowadzania na rynek produktów leczniczych. W rezultacie nie sposób zaprzeczyć, że wszystkie działania, podejmowane w ramach analizowanych badań, wiążą się ściśle z realizacją celów gospodarczych⁴². W związku z tym nie mogą one korzystać z preferencji podatkowych. Należy zauważyć, że NSA w wyroku z 2012 r. zauważył wpływ sponsora na inicjowanie i przebieg badań klinicznych. Zgodnie z art. 2 pkt. 37a ustawy prawo farmaceutyczne „sponsorem jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej,

³⁹ Indywidualna interpretacja podatkowa Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z 9 marca 2012 r., nr IPPP3/443-1525/11-4/MK.

⁴⁰ Wyrok WSA w Olsztynie z 22 grudnia 2011 r., I Sa/Ol/690/11 („LEX” nr 966445).

⁴¹ Wyrok NSA z 20 czerwca 2012 r., I FSK 406/12 (POP 2012/4/390-393).

⁴² A. Bartosiewicz, *Art. 43 [w:] VAT. Komentarz*, wyd. X, <https://sip.lex.pl/#/komentarz/587697679/495119>, 20.12.2016.

odpowiedzialna za podjęcie, prowadzenie i finansowanie badania klinicznego, która ma siedzibę na terytorium jednego z państw członkowskich Unii Europejskiej (...)»⁴³. Należy podkreślić, że w rzeczywistości usługi wykonywane w ramach badania klinicznego są świadczone dla tego podmiotu⁴⁴. Pacjent jest zatem sprowadzony niejako do roli obiektu badawczego. Wprawdzie może on osiągnąć wymierne korzyści (choćby w postaci powrotu do zdrowia), ale to nie on zleca wykonanie rzeczonych usług. Co więcej, badanie kliniczne to eksperyment, który jako „działanie, które wiąże się z pewnym niebezpieczeństwem i może przynieść niekorzystne lub niepożądane skutki”⁴⁵, z definicji zawiera element ryzyka, a zatem nie można stwierdzić, że musi służyć ratowaniu czy przywracaniu zdrowia.

Rozstrzygnięcie z 2012 r. zostało niejako potwierdzone wyrokiem NSA z 4 grudnia 2015 r., I FSK 1374/14⁴⁶. NSA orzekł, że usługi świadczone w ramach badań klinicznych, bez względu na ich charakter (tzn. bez względu na to, czy stanowią eksperyment leczniczy albo badawczy), nie korzystają ze zwolnienia i w konsekwencji podlegają opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług według stawki podstawowej. NSA po raz kolejny podkreślił, że to cel w jakim podjęto zabiegi, decyduje o możliwości zastosowania zwolnienia podatkowego. Jeśli całokształt okoliczności wskazuje, że przyczyną rozpoczęcia eksperymentu było badanie kliniczne skuteczności leków, wówczas nie może być mowy o zastosowaniu preferencji podatkowej, nawet w przypadku, gdy dochodzi do poprawy stanu zdrowia pacjenta. Sąd podkreślił, że bez wpływu na rozstrzygnięcie pozostaje fakt, że probanci, biorący udział w badaniach, korzystają z leków dostarczonych nieodpłatnie przez sponsora. Nie płaci on bowiem szpitalowi wynagrodzenia za leczenie pacjentów, lecz za badania kliniczne skuteczności leków.

W przywołanych wyrokach NSA można dostrzec charakterystyczny element wspólny, a mianowicie próbę uzasadnienia pozbawienia usług z zakresu badań klinicznych prawa do skorzystania ze zwolnienia z podatku od towarów i usług komercyjnym celem ich przeprowadzenia. NSA w swoich orzeczeniach podkreśla dominującą rolę sponsora, dla którego badania kliniczne są jedynie koniecznym etapem na drodze do urzeczywistnienia celów biznesowych. Faktem jest, że NIK sygnalizuje w swoich raportach, iż zaledwie ułamek ogólnej liczby badań klinicznych stanowią badania niekomercyjne (w latach 2011-2014 zarejestrowano 1657 badań klinicznych produktów leczniczych, w tym tylko 19 prowadzonych było przez sponsorów niekomercyjnych)⁴⁷. Jednak ustawodawca w żadnym z przepisów ustawy podatkowej, czy też regulującej kwestie eksperymentów medycznych nie wskazuje, iż należy odmiennie traktować sponsorów komercyjnych i niekomercyjnych. Stąd też uzasadnienia, mające za zadanie zanegować

⁴³ Ustawa z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne. Art. 2 pkt 37a (t.j. Dz.U. 2016 poz. 2142).

⁴⁴ M. Krekora, M. Świerczyński, E. Traple, 4.5.1. *Sponsor* [w:] *Prawo farmaceutyczne*, Warszawa 2008, s. 185-186.

⁴⁵ *Inny słownik języka polskiego PWN. P-Ż*, red. M. Bańko, Warszawa 2000, s. 530.

⁴⁶ Wyrok NSA z 4 grudnia 2015 r., I FSK 1374/14 („LEX” nr 1987741).

⁴⁷ *NIK niewielki procent badań klinicznych stanowią badania niekomercyjne*, <http://www.zdrowie.abc.com.pl/artykuly/nik-niewielki-procent-badan-klinicznych-stanowia-badania-niekomercyjne,2998.html>, 19.12.2016.

lecniczy charakter badań faktem, iż służą one realizacji interesów, na przykład firmy farmaceutycznej, nie powinno stanowić osi rozstrzygnięcia analizowanej kwestii. Owszem, finansowanie badania przez sponsora, którym jest przedsiębiorca, chcący wdrożyć nowatorskie metody leczenia, może sugerować ich badawczy charakter, ale nie zawsze musi wykluczać aspekt leczniczy. Uważam, że analizując konkretny przypadek pod kątem skutków na gruncie podatku od towarów i usług, należy ustalić w pierwszej kolejności, czy eksperyment medyczny ma charakter leczniczy, czy też badawczy. Natomiast motywacja sponsora powinna odgrywać wyłącznie rolę pomocniczą w ustaleniu charakteru badania.

5. Wyjątki dopuszczające zwolnienie leczenia eksperymentalnego z podatku od towarów i usług

Niekorzystne, z punktu widzenia podatników, orzeczenia NSA radykalnie ograniczyły możliwość zastosowania zwolnienia od podatku od towarów i usług w odniesieniu do leczenia eksperymentalnego. Mimo to możemy znaleźć orzeczenia sądów administracyjnych, które je dopuszczały. Dotyczyły one jednak wyjątkowych sytuacji. WSA w Krakowie w wyroku z 21 października 2015 r., I SA/Kr 1286/15, orzekł, że w sytuacji gdy: „mamy do czynienia z niestandardową, indywidualną terapią leczniczą, służącą konkretnemu pacjentowi, nie zaś z badaniami klinicznymi mającymi na celu wprowadzenie do powszechnego obrotu danego produktu leczniczego, to uznać należy (...), usługę opisaną we wniosku korzystać powinna ze zwolnienia, o którym mowa w art. 43 ust. 1 pkt 18 ustawy o podatku od towarów i usług”⁴⁸. Tym samym WSA w Krakowie nawiązał wyraźnie do wyroku TSUE z 10 czerwca 2010 r. w sprawie C-86/09 *Future Heath Technologies Ltd*, w których zwolnienie z podatku od towarów i usług przewidziano w sytuacji indywidualnej terapii pacjenta⁴⁹. Warto zaznaczyć, że drugim argumentem, na którym oparto wspomniany wyrok, był fakt przeprowadzenia badania klinicznego bez uczestnictwa sponsora, który płaciłby placówce medycznej za przeprowadzenie badań zmierzających do zweryfikowania skuteczności terapii. Widać zatem oddziaływanie wcześniejszych wyroków NSA na treść orzeczenia. WSA w Krakowie, oceniając możliwość zwolnienia usługi z podatku od towarów i usług, wziął pod uwagę brak typowo komercyjnego celu tego eksperymentu. Świadczy to, że według polskich sądów administracyjnych biznesowe motywacje dla badań klinicznych wykluczają możliwość przypisania im charakteru leczniczego.

6. Podsumowanie

Zwolnienie eksperymentów medycznych z opodatkowania podatkiem od towarów i usług stanowi złożone zagadnienie prawne i nie ogranicza się wyłącznie do analizy ustaw podatkowych. Należy bowiem posłużyć się odwołaniami do treści innych ustaw,

⁴⁸ Wyrok WSA w Krakowie z 21 października 2015 r., I SA/Kr 1286/15 („LEX” nr 1929053).

⁴⁹ Wyrok TSUE z 10 czerwca 2010 r. *Future Heath Technologies Ltd*, C-86/09 (ZOTSiS 2010/6A/I-5215-5242).

żeby zrozumieć ich istotę, charakter i cel, a w rezultacie prawidłowo rozstrzygnąć o konsekwencjach fiskalnych. Eksperymenty medyczne nie korzystają, w polskich realiach, ze zwolnienia z opodatkowania podatkiem od towarów i usług, ponieważ organy podatkowe oraz sądy administracyjne, w przeważającej liczbie przypadków, wyłączają bowiem możliwość objęcia takich usług zwolnieniem. Niepokojącym zjawiskiem jest również to, że w interpretacjach podatkowych, czy w orzeczeniach, praktycznie nie rozróżnia się skutków podatkowych ze względu na to, czy mamy do czynienia z eksperymentem leczniczym, czy badawczym. Zamiast tego organy podatkowe i sądy administracyjne, za przykładem NSA, koncentrują się na potwierdzeniu lub zanegowaniu komercyjnego charakteru badań. W efekcie możliwość zastosowania zwolnienia z podatku od towarów i usług jest, w większości przypadków, wykluczona. W świetle przesłanek wynikających z ustawy o podatku od towarów i usług, nawet gdy eksperyment jest przeprowadzany z udziałem sponsora, lecz przyświeca mu głównie cel terapeutyczny, powinien być zwolniony z opodatkowania. Stanowisko sądów administracyjnych może być przejawem skrajnie profiskalnego myślenia, które nie uwzględnia realiów współczesnego świata, gdzie podmioty prywatne, kierujące się dążeniem do osiągnięcia zysku, stanowią siłę napędową rozwoju nauki. Eksperymenty medyczne, bez względu na to, czy mają charakter leczniczy, czy też badawczy, stanowią nieodzowny element nowoczesnej medycyny. Dla pacjentów cierpiących na rzadkie lub nieuleczalne choroby zastosowanie niekonwencjonalnych metod leczenia stanowi niekiedy ostatnią szansę powrotu do zdrowia. Z tego względu rozsądnym rozwiązaniem byłoby dostrzeżenie pacjenta jako beneficjenta eksperymentu medycznego i umożliwienie zwolnienia niektórych spośród tych usług z opodatkowania podatkiem od towarów i usług.

* * *

Exemption from a Goods and Services Tax for Medical Experiments'

Medical experiments have a huge influence on development of modern science. In Polish legal system, we distinguish a therapeutic experiment, a research experiment and a clinical study. The basic problem comes down to interpretation of the main goal of the experiment because it determines the possibility of exemption from Goods and Services Tax. However, the present act does not specify the catalogue of legal requirements, which should be achieved by medical experiment. Those requirements are mainly based on doctrine and the European Union law. As a consequence, the exemption from Goods and Services Tax depends on the interpretation made by courts. Taking this fact into consideration, only practical examples may give some detailed information about the possibility of exemption of medical experiments from Goods and Services Tax.

Key words: medical experiment, therapeutic experiment, clinical study, a goods and services tax, tax exemption

Łukasz Kołtuniak¹

Nieliberalna demokracja a państwo prawa. Przypadek Węgier Wiktora Orbana

Streszczenie:

Zawrotna kariera pojęcia „nieliberalna demokracja” związana jest z widocznym odwróceniem od dominującego jeszcze niedawno prymatu liberalnej demokracji. Nie tylko w Azji, czy Ameryce Łacińskiej coraz częściej mówi się o konieczności zastąpienia liberalnej demokracji modelem bardziej skutecznym i efektywnym. Pojęcie „nieliberalna demokracja”, którego jako pierwszy użył w latach 90-tych XX wieku amerykański politolog Fareed Zakaria, jest twórczo rozwijane przez polityków. Najpełniejszy wyraz rozumienia koncepcji Zakarii przez polityków dał w 2014 r. węgierski premier Wiktor Orban w słynnym wystąpieniu w Baile Tusnand. Węgry to także kraj, gdzie zmiany prawa wprowadzone przez prawicowy rząd partii Fidesz najpełniej odzwierciedlają charakterystyczne dla partii Fidesz dążenie do konsolidacji władzy. W swoim artykule rozważę ten właśnie prawny aspekt węgierskich przemian. Rozważania te posłużą odpowiedzi na pytanie: *czy nieliberalna demokracja naprawdę jest narzędziem skuteczniejszej modernizacji, czy może tylko służy umocnieniu władzy w rękach jednego ośrodka w sposób, jaki niemożliwy jest w demokracji określanej mianem liberalnej, ze względu na działanie zasady „check and balance” i innych podobnych mechanizmów samoograniczenia rządzących.*

Słowa kluczowe: Orban, Zakaria, nieliberalna demokracja, państwo prawa, Węgry

Wstęp

W ostatnich latach zawrotną karierę robi pojęcie „nieliberalnej demokracji”. Coraz więcej sił politycznych otwarcie podważa dominujący model demokracji. Na razie nie

¹ Autor jest doktorantem na Wydziale Prawa UJ. Zainteresowania badawcze skupiają się wokół nauczania społecznego Kościoła oraz problematyki geopolityki i myśli politycznej Europy Środkowo-Wschodniej. Autor kilkudziesięciu tekstów publicystycznych oraz kilku naukowych dotyczących tej problematyki.

słysząc otwartej krytyki demokracji jako systemu. Krytycy obecnego modelu uderzają przede wszystkim w koncepcję „check and balance” oraz zasadę podziału władzy. Zwolennicy nieoliberalnej demokracji patrzą na demokrację wyłącznie jak na system wyłaniania rządu w odbywających się raz na parę lat demokratycznych wyborach. Siły uważane za populistyczne mówią o sobie jako zwolennikach „prawdziwej demokracji”, „skutecznej demokracji”. Zdaniem liberałów, przeszłość uczy nas, że takie rozumienie demokracji może prowadzić do budowy systemu autorytarnego. To właśnie totalitaryści proponowali przecież „prawdziwą demokrację”. Dlatego liberałowie optują za „demokracją bez przymiotników”.

Podstawą mojego artykułu będzie analiza polityki rządu Wiktora Orbana na Węgrzech. Węgry rządzone przez Fidesz to modelowy przykład w dyskusji na temat demokracji nieoliberalnej. W słynnym wystąpieniu w 2014 roku w Baile Tusnad Orban otwarcie powiedział: „demokracja liberalna nie może być narzędziem modernizacji krajów «na dorobku» takich jak Węgry”². Zdaniem Orbana to właśnie nieoliberalna demokracja lepiej odpowiada na wyzwania, jakie stoją przed jego rządem. Gdy Donald Trump wygrał wybory w USA, Orban powiedział: „nareszcie koniec liberalnej nie demokracji, teraz my nowa generacja polityków zbudujemy demokrację «prawdziwą»”³. Dlatego w swoim artykule chciałbym porównać rozumienie demokracji przez Zakarię i Orbana. Już na wstępie można przyjąć założenie, że o ile Zakaria rozumiał swój koncept jako przestrożę, Orban naprawdę postrzega demokrację nieliberalną jako rozwiązanie problemów.

W artykule chciałbym jednak przedstawić przede wszystkim aspekt prawny. Zmiany, jakie w systemie prawnym Węgier wprowadził Wiktor Orban, posłużą odpowiedzi na pytanie *jaki wpływ na system prawny może mieć nieoliberalna demokracja*. Rozważymy te zmiany z punktu widzenia kwestii zgodności między wizją nieoliberalnej demokracji a europejską koncepcją państwa prawa.

Zakaria i Orban

Artykuł Zakarii powstał w czasie dominującej, fukyamowskiej wiary w stały triumf demokracji liberalnej. Zachodnich obserwatorów zaskoczył tak łatwy upadek totalitaryzmu w naszej części Europy. Dominowała optymistyczna wizja ciągłego postępu. Jednak Zakaria przeanalizował implementację demokracji w wielu krajach, od Bośni po Tajwan. W okresie, gdy postrzegano te państwa jako po prostu „słabe demokracje”, Zakaria wskazał wspólną tendencję w tego typu systemach. Demokracja miała być tu postrzegana tylko jako system wyboru władz w drodze demokratycznych wyborów⁴. Rządy te odrzucały natomiast zachodnie mechanizmy kontroli i podziału władz. Uznają weryfikację wyborczą, ale między wyborami wyznają zasadę „zwycięzca może

² V. Orban, *Baile Tusnad speech*, <http://budapestbeacon.com/public-policy/full-text-of-viktor-orbans-speech-at-baile-tusnad-tusnadfurdo-of-26-july-2014/10592>, 21.12.2016.

³ <http://www.frona.pl/a/orban-to-koniec-liberalnej-nie-demokracji,81581.html>, 25.12.2016.

⁴ F. Zakaria, *The rise of illiberal democracy*, <https://www.foreignaffairs.com/articles/1997-11-01/rise-illiberal-democracy>, 20.01.2016.

wszystko”⁵. Jednak amerykański politolog nie przewidywał zwycięstwa nieliberalnych demokratów w Europie. Raczej oczekiwał regresu optymistycznego założenia o sukcesie „trzeciej fali demokratyzacji”. Demokracja liberalna miała przetrwać w Europie Zachodniej, USA oraz nowych demokracjach Europy Środkowej. Właśnie Europa Środkowa miała być regionem gdzie, przy wszystkich problemach, implementacja demokracji liberalnej zakończyła się sukcesem⁶. Zakaria wskazuje jak ważna jest demokratyczna mentalność oraz dojrzałe instytucje. Problem z krajami, gdzie demokracja powstała w 1989 roku (lub trochę wcześniej) miał polegać na postrzeganiu demokracji tylko jako narzędzia budowy dobrobytu. Jeśli można osiągnąć ten wzrost w inny sposób – przekonywał Zakaria – demokracja sama w sobie nie stanowi w tych krajach nadrzędnej wartości⁷. Większość rządów nie może sobie pozwolić na pełną rezygnację z zasad demokracji. Jednak często jest ona ograniczana tylko do mechanizmów wyborczych – przekonywał amerykański politolog. Zakaria był pierwszym poważnym politologiem, który podważył optymistyczną wizję Fukuyamy. Czas pokazał, jak trafna była ta krytyka konceptu „końca historii”.

Ostatnie lata podważyły nawet teorię o triumfie demokracji w Europie Środkowej. Każdy z rządów tak zwanej Grupy Wyszehradzkiej oskarżany jest o autorytarne tendencje. A w Baile Tusnad Wiktor Orban wprost wskazał koncepcję Zakarii jako wzór dla Węgier.

Na nieliberalną demokrację Orban po raz pierwszy powołał się w 2014 roku, krótko po swym drugim wyborczym zwycięstwie. Sięgając po władzę w 2010 roku Fidesz obiecywał Węgrom radykalną przebudowę państwa. Tak w 2010 jak i w 2014 roku partii Orbana udało się uzyskać konstytucyjną większość 2/3 głosów w parlamencie. W Baile Tusnad Orban wskazał na kryzys 2008 roku jako na przełomowy moment historii, porównywalny na przykład z tak zwaną Wielką Depresją 1929 roku. Jego zdaniem kryzys pokazał, że liberalizm zgubił balans między wolnością jednostki a interesem ogółu. Liberałowie dużo mówią o jednostkowej wolności, ale jednocześnie nie potrafią zbudować społeczeństwa, które będzie tę wolność ochraniać⁸. Jednostka często jest bezradna wobec różnych patologii życia społecznego, które liberałowie uważają za konieczny, choć przykry, element wolnego społeczeństwa. Dlatego, zdaniem węgierskiego premiera, rządy muszą odzyskać zdolność do realizacji celów społecznych. Orban mówił iż to właśnie nieliberalna demokracja pozwoli rozwiązać problemy, z jakimi borykają się współczesne państwa. Trzeba podkreślić, iż lider Fideszu podkreślił, iż nowy model demokracji musi gwarantować prawa człowieka, które są nieodzownym elementem każdego dobrego społeczeństwa.

Najbardziej kontrowersyjne w wystąpieniu Orbana było jednak wskazanie przykładów dobrze urządzonych, demokratycznych społeczeństw. Premier wskazał na Singapur, Rosję, Chiny i Turcję⁹. Podstawowa wiedza na temat systemów tych krajów każe

⁵ *Ibidem.*

⁶ *Ibidem.*

⁷ *Ibidem.*

⁸ V. Orban, *Baile Tusnad speech...*

⁹ *Ibidem.*

zapytać, czy to są właśnie dobrze urządzone demokratyczne społeczeństwa i czy na pewno kraje te gwarantują minimum praw człowieka.

Wystąpienie Orbana w Baile Tusnad spotkało się z bardzo ostrą krytyką ze strony rządów państw zachodnich. Bardzo krytycznie wypowiedziała się na przykład administracja Baracka Obamy. Koncepcja nieoliberalnej demokracji była w Europie i USA bardzo dobrze znana. Traktowano ją jednak jako przestrożę, a nie receptę na rozwiązanie problemu. Dlatego, gdy przywódca państwa Unii Europejskiej wskazał tę ideę jako pomysł na przyszłość swojego kraju, wielu polityków i politologów było naprawdę skonsternowanych.

Przedstawimy teraz szerzej polityczne pomysły Fideszu. Bardzo ważna jest korelacja między programem tej partii a koncepcją nieoliberalnej demokracji.

Koncepcja Orbana

Fidesz od dłuższego czasu stał na stanowisku, że na Węgrzech nie doszło do realnego zerwania z komunizmem. Komunistyczne układy miały być w prosty sposób przeniesione do nowej rzeczywistości. Dlatego program obecnej partii rządzącej oparty jest na założeniu o konieczności wymiany elit. Podstawą programu Orbana jest budowa „polgar”¹⁰. Pojęcie to oznacza w języku węgierskim silną, niezależną klasę średnią. Nowa klasa średnia powinna z jednej strony cechować się niezależnością i przekonaniem o własnej wartości, z drugiej jednak państwo powinno gwarantować obywatelom bezpieczeństwo. Koncepcja oparta jest zatem na poszukiwaniu balansu między wolnością jednostkową a sprawnym funkcjonowaniem społeczeństwa. Jednak, według założeń Fideszu, aby możliwe było stworzenie na Węgrzech nowego mieszczaństwa, konieczne jest ostateczne zerwanie z postkomunizmem.

Bardzo ważną rolę w programie Fideszu odgrywa także wzmocnienie tożsamości narodowej. Igor Janke zaznacza, że reżim Janosa Kadara, dając Węgrom relatywnie spore swobody obywatelskie i gospodarcze, wyjątkowo gorliwie zwalczał węgierskie tradycje. Takie właśnie założenie stoi u podstaw programu Orbana. Lider Fidesz, w młodości gorliwy liberał, przekonany o istnieniu zagrożenia zarówno ze strony komunistów, jak tradycjonalistów, obecnie „pogodził się” z konserwatywną interpretacją historii¹¹. Celem partii rządzącej jest budowa nowej tożsamości, która stworzy możliwość ostatecznego zerwania z dziedzictwem totalitaryzmu. Albowiem, według Fideszu, po 1989 roku budowano tylko „lepszy socjalizm”. Lepszemu ukazaniu problemu posłuży przedstawienie tak zwanego *Narodowego wyznania wiary*, czyli preambuły do nowej węgierskiej konstytucji.

Nowa konstytucja

Omawianie zmian prawnych wprowadzonych przez rząd Wiktora Orbana należy rozpocząć od Konstytucji z 2011 roku. Węgry były jedynym krajem regionu, który

¹⁰ J. Maciejewski, *Orbam ostatni Mohikanin*, <http://jagiellonski24.pl/2015/09/28/orban-ostatni-mohikanin/>, 1.10.2015.

¹¹ W latach 90-tych Orban otwarcie tę tradycję podważał, na przykład parodiując obrzędy chrześcijańskie.

zachował ustawę zasadniczą z czasów komunizmu. Sama ustawa była wielokrotnie zmieniana. Jednak dla węgierskiej centroprawicy głównym problemem był brak symbolicznego zerwania z komunistyczną przeszłością. W latach 90-tych prawnik-konstytucjonalista Csabo Varga zwracał uwagę na konieczność radykalnego prawnego zerwania z systemem komunistycznego bezprawia¹². Jednak przed 2010 rokiem na Węgrzech utrzymywał się stan dużej niepewności prawnej, a wiele ustaw było uchylanych przez Trybunał Konstytucyjny. Oczywiście weryfikacja ustaw w świetle zgodności z ustawą zasadniczą jest koronnym uprawnieniem każdego Trybunału, tym niemniej na Węgrzech nawet około 1/3 projektów zostało przez tamtejszy Sąd Konstytucyjny uznanych za niezgodne z ustawą zasadniczą, czy wręcz, specyficznie węgierską, koncepcją „niewidzialnej konstytucji”¹³.

Sama ustawa zasadnicza z 2011 roku nie budzi większych kontrowersji z punktu widzenia zgodności ze standardami demokratycznego państwa prawa. Pod wieloma względami dopiero tak zwana konstytucja orbanowska implementuje niektóre standardy prawa europejskiego. Dotyczy to na przykład regulacji w zakresie ochrony środowiska. Kontrowersje wzbudził niezwykle przyspieszony i zdaniem niektórych krytyków chaotyczny wręcz tryb prac nad nową konstytucją. Jej uchwalenie miało miejsce już w rok po wygraniu przez Fidesz wyborów.

Najbardziej kontrowersyjnym fragmentem nowej konstytucji jest preambuła. Kontrowersyjne jest już samo ustawowe określenie preambuły: *narodowe wyznanie wiary*. Czytając tekst tego dokumentu można odnieść wrażenie, jakby ustawodawca chciał w tekście rozstrzygnąć wszystkie wątpliwości dotyczące historii Węgier i aksjologii nowego państwa. Momentami można odnieść wrażenie, jakby był to tekst deklaracji programowej partii Orbana. Trzeba oczywiście pamiętać o idei, jaka przyświecała przyjęciu *wyznania*. Dokument miał podkreślać ostateczne odcięcie od komunistycznej przeszłości. Jednak z punktu widzenia idei demokratycznego państwa prawa, mocno wątpliwe wydaje się narzucanie jednej aksjologii w tekście preambuły do konstytucji. Można postawić zatem pytanie, czy *narodowe wyznanie* nie zrywa nie tylko z postkomunizmem, ale i liberalną demokracją. *Narodowe wyznanie wiary* budzi także kontrowersje ze względu na wątpliwości, jakie towarzyszą najnowszej historii Węgier. W Polsce znaczna część dysydentów pozytywnie oceniała II RP, pozytywne skojarzenia budziło też odwołanie do tradycji państwa podziemnego. Tymczasem rządy regenta Horthyego w okresie międzywojennym uznawane są przez wielu Węgrów za quasi-faszystowską dyktaturę. O ile podobne kontrowersje oczywiście budzi w Polsce okres rządów Sanacji, to już druga wojna światowa naprawdę jest tym momentem w historii, który bardzo polaryzuje Węgrów. Horthy zdecydował o umiarkowanym poparciu, jakiego jego kraj udzielił hitlerowskiemu Niemcom. Węgry nie brały udziału w Holocauście, pomagały także uchodźcom z Polski. Gdy jesienią 1944 r. do władzy doszli lokalni faszyci, czyli tak zwani Strzałokrzyżowcy, na Węgrzech zapanowała faszystowska dyktatura, która ponosi znaczną część odpowiedzialności za zagładę węgierskich Żydów. Jobbik niemal

¹² C. Varga, *Transition to the rule of law. On the democratic transition in Hungary*, Budapest 1995.

¹³ A. Wołek, *Stary ustroj i personalna rewolucja [w:] Węgry Orbana wzor, czy przestroga*, red. M. Kędzierski, M. Rapkiewicz, L. Skiba, Warszawa 2014, s. 10.

wprost odwołuje się właśnie do tradycji tego ruchu. Oczywiście Orban nie może sobie pozwolić na to, by wprost rehabilitować tamtą siłę, byłoby to polityczne samobójstwo, co więcej wydaje się sprzeczne z wartościami Fideszu. Jednak przekombinowane narodowe wyznanie wiary rozstrzygnęło kwestię *w którym momencie skończyła się węgierska państwowość* (okres Węgier Ludowych został spod pojęcia tej państwowości wyłączony, jednak jedynie symbolicznie, bez prawnej delegalizacji). Momentem końca „starych Węgier” był, według preambuły, styczeń 1945 r.¹⁴ Zapis ten wzbudził ogromne kontrowersje, gdyż oznacza uznanie okresu rządów faszystowskich za węgierską państwowość. Dlatego, nawet przy demokratycznym charakterze konstytucji, *narodowe wyznanie wiary* niosło ze sobą olbrzymi ładunek kontrowersji.

Orban a UE

Nim przejdziemy do analizy konkretnych rozwiązań prawnych, należy rozważyć relacje na linii Orban-EU, w tym stosunek węgierskiego premiera do zasady nadrzędności prawa UE.

Orban wielokrotnie jasno deklarował, że nie widzi przyszłości swojego kraju poza UE. Odróżnia to Fidesz od głównej siły opozycji, nacjonalistycznego Jobbiku, partii otwarcie deklarującej gotowość opuszczenia UE. Celem Fideszu jest jednak przebudowa UE w duchu wartości chrześcijańskich oraz zasady prymatu prawa UE. Trzeba jasno stwierdzić, iż w ciągu 7 lat rządów konserwatystów Węgry akceptowały wszystkie decyzje Komisji i Trybunału Sprawiedliwości, jak również nigdy nie została wszczęta procedura w sprawie łamania praworządności. W przypadku zastrzeżeń ze strony Komisji lub TS rząd zawsze podejmował dialog. Strategia Orbana polega na krytykowaniu UE na arenie krajowej i prezentowaniu swojego rządu jako „reformatorów Wspólnoty” na arenie europejskiej. Orban zyskuje dla swoich pomysłów przebudowy UE poklask ze strony zarówno tak zwanych polityków antysystemowych, jak Marine Le Pen czy Gerd Wilders, jak i bardziej centrowych, jak lider bawarskiej CSU Horst Seehofer.

Największe kontrowersje w relacjach rządu i Wspólnoty budzi kwestia organizacji pozarządowych. Orban wielokrotnie krytykował sposób działania tych organizacji. Jego zdaniem nie może być tak, że instytucje finansowane ze środków UE nie są kontrolowane przez rząd i działają często w opozycji do polityki węgierskich władz. Orban patrzy na NGO bardziej jak na instrument wsparcia przez obywateli polityki państwa. Organizacje te powinny stwarzać obywatelom pole partycypacji, ale nie mogą być budowane „w kontrze” do celów politycznych władz. Pozostaje oczywiście pytanie, *czy wtedy są to dalej organizacje pozarządowe?* Fidesz tworzy sieć bliskich sobie organizacji. Jedną z nich jest Szadveg, think-tank zabierający głos w ogólnoeuropejskich dyskusjach, ale też oskarżony o nadużywanie publicznych pieniędzy.

Oczywiście wybór wizji relacji państwo-organizacje pozarządowe to kwestia wyboru politycznego każdego rządu. Jednak polityka Orbana zbliża się niebezpiecznie do putinowskiej koncepcji „obcej agentury”. Już w 2013 roku rząd prowadził kampanie przeciw tym organizacjom, nazywając je w iście putinowskim stylu właśnie „obymi

¹⁴ Ustawa zasadnicza Węgier z 2011 roku, http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/wegry2011_01.pdf.

agentami”. Już po sporządzeniu przez autora pierwszej wersji tego artykułu rozpoczęła się kampania przeciwko sieci NGO pochodzącego z Węgier Georga Sorosa. Jakkolwiek negatywnie ocenimy ataki na NGO, są one głęboko wkomponowane w wizję państwa Wiktora Orbana. W jego koncepcji nieliberalnej demokracji nie dochodzi co prawda do całkowitej kontroli państwa nad życiem społecznym, ale państwo powinno wspierać obywateli, ci zaś powinni włączać się w realizację polityki państwa. Właśnie takie rozumienie demokracji przez Orbana krytykuje Zakaria w swych felietonach na łamach pisma *The Economist*¹⁵.

Orban walczy także o powrót do koncepcji „Europy narodów”. Podobnie jak polski rząd, Fidesz uważa iż w kwestii kryzysu migracyjnego ważniejsza jest ochrona własnych obywateli, niż solidarność humanitarna czy europejska. We wrześniu 2016 roku odbyło się na Węgrzech referendum w sprawie przyjmowania uchodźców. Mimo braku wymaganej frekwencji i w konsekwencji braku mocy wiążącej głosowania wydaje się, że rząd osiągnął swoje cele. Chodziło o zademonstrowanie politycznego założenia, jakoby dla partii rządzącej większe znaczenia miał interes i wola własnego narodu niż „dyktat” brukselskich elit. Podkreślmy raz jeszcze, że Orban prowadzi w relacjach z UE wyjątkowo umiejętną grę. Z jednej strony mobilizuje węgierską opinię publiczną wokół „obrony interesu narodowego” przeciw Brukseli. Z drugiej jednak potrafi prowadzić negocjacje z politykami europejskimi i wysyłać do nich uspokajające komunikaty. Tym niemniej na dłuższą metę nieliberalna demokracja nie dopuszcza żadnej siły, która mogłaby ograniczać władzę wybraną w demokratycznych wyborach, owego „suwerena”. Dlatego w przyszłości absolutnie nie należy wykluczać konfliktów w relacjach Węgry-UE.

Zmiany prawa

Jeśli chodzi o zmiany w prawodawstwie Węgier podejmowane w latach 2010–2017, najważniejszymi są przemiany w sektorze medialnym oraz w funkcjonowaniu Sądu Najwyższego i Trybunału Konstytucyjnego.

Eksperci podkreślają, że przed 2010 rokiem węgierski rynek medialny był słaby. Igor Janke cytuje opinie węgierskich ekspertów o nadreprezentacji mediów popierających liberałów i postkomunistów. Rząd Fideszu wprowadził instytucję Rady Medialnej kontrolującej sektor medialny. Zastąpiono w ten sposób wcześniej istniejącą instytucję podobną do polskiej KRRiTV. Rada ta została niemal całkowicie podporządkowana Fideszowi. Argument iż do wyboru do tej instytucji konieczne było uzyskanie większości 2/3 głosów jest mało przekonujący, gdyż jak wiemy, taką właśnie większością w węgierskim parlamencie dysponuje Fidesz¹⁶. Oprócz metod prawnych Fidesz stosował także nieformalne metody nacisku. Zdaniem ekspertów postępował w wyjątkowo

¹⁵ Obecnie Zakaria, autor koncepcji nieliberalnej demokracji, zajmuje się przede wszystkim krytyką „nieliberalnych demokratów”, do których zalicza także amerykańskiego prezydenta Donalda Trumpa.

¹⁶ I. Bencze, *Společné tlo narodzin nových regulací medialních na Węgrzech* [w:] *Węgry co się tam dzieje? Raport twórców węgierskich reform*, Warszawa 2013, s. 162.

wyszukany sposób, nie łamiąc wprost przepisów prawa¹⁷. Obecnie na Węgrzech nie ma już właściwie ani jednego lokalnego dziennika, który nie byłby w mniejszym lub większym stopniu powiązany z partią rządzącą. Warto zaznaczyć, że polska instytucja Rady Mediów Narodowych była wzorowana właśnie na węgierskiej Radzie Medialnej.

Zasadnicze zmiany zostały wprowadzone także w sądownictwie. Najbardziej kontrowersyjna reforma, wymiana sędziów Sądu Najwyższego, została zablokowana wskutek niekorzystnego dla Węgier orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka¹⁸. Przeprowadzono jednak reformę, która pozbawiła Trybunał Konstytucyjny prawa kontroli ustaw z punktu widzenia zgodności z konstytucją. Z drugiej strony Trybunał zyskał możliwość badania zgodności z konstytucją konkretnych orzeczeń sądów niższej instancji. Powstaje pytanie, czy taka zmiana nie podważa pewnego naturalnego dla państwa prawa porządku konstytucyjnego. Najwyższy akt prawny, jakim jest konstytucja, zawiera normy abstrakcyjne, które są konkretyzowane w ustawach. Dlatego ustawa w naturalny sposób powinna być badana przez pryzmat realizacji norm konstytucyjnych. Jednak jest wątpliwe, czy abstrakcyjne normy konstytucji mogą być podstawą badania konkretnych orzeczeń. Zdaniem autora, czasami sędzia jest zmuszony do rozstrzygnięcia w danej sprawie pewnego rodzaju konfliktu „zasad” wynikających z konstytucji¹⁹. Na przykład, w sprawie tak zwanej mowy nienawiści zderza się konstytucyjna zasada godność jednostki z niemal równie ważną zasadą wolności słowa. W takim przypadku badanie orzeczenia z punktu widzenia zgodności z konstytucją może być zadaniem karkołomnym, gdyż jedna z zasad po prostu, według koncepcji Ronalda Dworkina, nie może być zastosowana.

Zmiany w prawie wprowadzone przez oba gabinety Wiktora Orbana nie były radykalne. Co więcej, Fidesz dysponując konstytucyjną większością głosów w parlamencie, mógł działać w zgodzie z zapisami ustawy zasadniczej. Należy jednak pamiętać, iż partia ta osiągała cele swej polityki stosując, tak jak w przypadku przejmowania mediów, pozaprawne metody nacisku. Węgierscy rozmówcy często wskazują na atmosferę presji w urzędach państwowych²⁰. Władze dokonały bardzo daleko posuniętych zmian personalnych. Dlatego pytanie, czy rewolucja Orbana była tylko „semantyczna”, czy rzeczywista, prowadzi raczej do uznania, iż Fidesz realnie zmienił państwo. Z pewnością nie są to do końca zmiany, jakich oczekiwali Węgrzy w 2010 roku. Wcześniej znali Orbana jako liberała a potem polityka centroprawicy²¹. Trzeba pamiętać, iż lider Fideszu był już premierem w latach 1998–2002 i w tamtym okresie zbliżył Węgry do integracji z UE, a także dokonał daleko posuniętych reform gospodarczych. Od lat jednak dyskutuje się

¹⁷ M. Kokot, *Węgierskie media w kagańcu rządzących*, <http://wyborcza.pl/1,75399,20812885,wegierskie-media-w-kagancu-rzadzacych.html>, 27.08.2017.

¹⁸ *Bądźcie twardzi w obronie niezawisłości sądów. Węgierski sędzia z mocnym apelem do polskich kolegów*, <http://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/7,114884,20638501,badzcie-twardzi-w-obronie-niezawislosci-sadow-andras-baka.html>.

¹⁹ Właśnie o takich *hard cases* pisał Ronald Dworkin w *Taking Rights seriously*, London 1977.

²⁰ B. Góralczyk, *Węgrami rządzi dziś egzystencjalny strach*, <http://wiadomosci.onet.pl/tylko-w-onecie/prof-bogdan-goralczyk-wegrami-rzadzi-dzis-egzystencjalny-strach/rrp6f>, 4.02.2016.

²¹ I. Janke, *Napastni; opowieść o Wiktorze Orbanie*, Warszawa 2012, *passim*.

w literaturze o daleko posuniętej polaryzacji Węgier. Podział na liberalną „wielko-miejską” część społeczeństwa oraz wyborców zdecydowanie bardziej konserwatywnych jest tu szczególnie silny²². Być może Orban, nie mogąc odnaleźć swego miejsca „w centrum” między obozem postkomunistycznym a „Węgrami konserwatywnymi”, postanowił zostać liderem konserwatystów. Obserwując zmiany, jakie dokonały się przez ostatnie lata, trzeba powiedzieć iż ta „nieliberalna polityka” doprowadziła do sytuacji, w której po raz pierwszy od wielu lat to obóz konserwatywny jest na Węgrzech zdecydowanie silniejszy. Tradycyjni konserwatyści lat 90-tych nigdy nie byłiby zdolni do osiągnięcia tak spektakularnego sukcesu i tak długiej dominacji.

Podsumowanie

Wiktor Orban to polityk, który stał się niejako „czarnym charakterem” dla liberalnych elit. Z drugiej strony jego wizja jest inspirująca, o czym była już mowa, dla polityków uważanych w Europie za populistów, jak Gerd Wilders albo Marine Le Pen.

Nie da się ukryć, że węgierski rząd osiągnął sukcesy w przezwyciężeniu kryzysu, w jakim Węgry znalazły się w okresie rządów socjalistów. Krytykowana na początku tak zwana „nieortodoksyjna polityka gospodarcza” pomogła osiągnąć poprawę wyników gospodarczych (obecnie dane wskazują na ok. 4% wzrostu PKB²³). Co więcej, polityka ta została implementowana wbrew niedwuznacznej krytyce ze strony MFW. Gospodarcza wizja Orbana zakłada połączenie instrumentów klasycznego liberalizmu oraz „umiarkowanej” interwencji państwa²⁴. Dobrym przykładem może być na przykład tak zwana polityka pro-rodzinna. Rząd, w przeciwieństwie do polskich władz, unika bezpośrednich transferów pieniężnych. Jednak istnieje szereg ulg i ułatwień w powrocie na rynek pracy²⁵. Cała wizja gospodarcza Orbana nastawiona była na przezwyciężenie biedy, ale nie poprzez świadczenia socjalne, ale pobudzenie aktywności zawodowej obywateli. Temu służył na przykład kontrowersyjny pomysł szeroko zakrojonych robót publicznych. Osiągnięcie poprawy fatalnej wydawałoby się sytuacji gospodarczej, osiągnięte wbrew obiekcom MFW, mogą wręcz stanowić zachętę dla wszystkich krytyków obecnego modelu gospodarki. Jednak z drugiej strony niektóre pomysły, jak opodatkowanie hipermarketów czy zagranicznych banków, miały być raczej wyrazem „oporu” wobec instytucji finansowych niż realnie służyć poprawie sytuacji gospodarczej²⁶. Na dłuższą metę pomysły te mogą okazać się wręcz szkodliwe.

Nie deprecjonując jednak pozytywnych osiągnięć partii rządzącej należy postawić pytanie, *czy wszystkich tych celów nie dałoby się osiągnąć w ramach tradycyjnie*

²² *Ibidem*.

²³ <https://www.money.pl/gospodarka/unia-europejska/statystyka/wegry,pkb,HU,6.html>.

²⁴ L. Skiba, *Relacje między rządem a Międzynarodowym Funduszem Walutowym* [w:] L. Skiba, M. Rapkiewicz, M. Kedzierski, *Węgry Orbana wzór czy przestroga*, Warszawa 2012.

²⁵ *Jakiej polityki rodzinnej potrzebuje Polska. Raport Instytutu Ordo Juris*, red. T. Zych, K. Dobrowolska, O. Szczypinski, http://demografia.ordoiuris.pl/Jakiej_polityki_rodzinnej_potrzebuje_Polska.pdf, Warszawa 2015.

²⁶ Węgry opodatkowały sklepy wielkopowierzchniowe oraz sektor bankowy. Z tak zwanego podatku bankowego władze powoli się wycofują.

rozumianego modelu demokracji? Wydaje się, że celem Orbana nie było utrzymanie władzy na dłuższy czas, tylko przebudowa społeczeństwa, zmiana „reguł gry”. Nieliberalna demokracja wydaje się ideą, która zmierza jedynie do monopolizacji władzy. Ciężko bowiem wskazać takie sukcesy rządów Orbana, których nie dałoby się osiągnąć realizując program polityczny w ramach tak wielkiej przewagi w parlamencie. Jednak Orban zmierzał do „zmiany reguł gry”, która umożliwi budowę „nowych Węgier”. Jak na razie realizuje ten cel wyjątkowo efektywnie. Zmiana granic okręgów wyborczych, dokonana zgodnie z konstytucją, daje Fideszowi szansę by utrzymać większość konstytucyjną osiągając nawet ok. 45% poparcia w wyborach. To właśnie cecha zmian, jakie wprowadzał obecny rząd. Dysponując większością i uchwalając nową konstytucję można było wprowadzać zmiany prawne, sprzeczne z duchem liberalnej demokracji, ale z formalnego punktu widzenia jak najbardziej legalne. Nastąpiło zakwestionowanie tradycji europejskiej myśli prawnej; tradycji Monteskiusza, Locka czy Radbrucha. Czy na dłuższą metę zmiany takie mogą okazać się korzystne?

Nie wydaje się, by Wiktor Orban zamierzał wprowadzać na Węgrzech otwartą dyktaturę. Można wierzyć, że to polityk który zachował jednak podstawowe intuicje demokratyczne. Jednak za założeniem tak radykalnej zmiany kryje się przeważnie przekonanie, że „nasze rządy są dane raz na zawsze. Tymczasem sondaże pokazują, że na pytanie *czy Twoim zdaniem sprawy w kraju zmierzają w dobrym kierunku* 46% Węgrów odpowiada «tak» podczas gdy 48% «nie»²⁷”. Z czego głosy wyborców niezadowolonych niemal po równo rozkładają się między rozbitych liberałów i socjalistów a wspomniany Jobbik. Fidesz założył, iż uchwalanie proponowanych przez tę partię ustaw jako tak zwanych ustaw kardynalnych (wymagają większości 2/3 głosów²⁸) zapewni trwałość realizacji jego wizji nawet w razie potencjalnej utraty władzy. Tymczasem ostatnie doświadczenia, także w Polsce, pokazują iż nie ma takiej blokady, której ów „suweren” nie mógłby ominąć. A co jeśli w demokracji pozbawionej owych „niewygodnych” blokad obejmie władzę faszyzujący Jobbik. To pytanie, które spędza sen z powiek liberałom, ale chyba też pewnej części polityków i wyborców Fideszu.

Dlatego doceniając sukcesy obu rządów Wiktora Orbana pamiętajmy, że są to sukcesy relatywne. Na Węgrzech dalej istnieje wykluczenie społeczne, a PKB długo jeszcze nie osiągnie poziomu Zachodniej Europy²⁹. Natomiast nieliberalna demokracja może mieć skutki dalekosiężne w zakresie zniesienia owej pewności prawnej, jaką daje dobrze rozumiane państwo prawa. Różnice między koncepcjami Zakarii a Orbana można zaś podsumować w jednym zdaniu: „pamiętajmy, że Zakaria pisał przestrogi a nie poradniki”.

²⁷ *To nie jest demokracja to jest coś innego. Jak zmieniały się Węgry pod rządami Wiktora Orbana*, <http://www.tvn24.pl/wiadomosci-ze-swiate,2/wegry-jak-zmienialy-sie-wegry-pod-rzadami-orbana,611833.html>, 27.08.2017.

²⁸ Ustawy kardynalne zostały wprowadzone do „starej” konstytucji już po 1989 roku jako gwarancja demokratycznego państwa prawa. Ich zmiana od początku wymagała większości 2/3 głosów. Orban wykorzystał ten mechanizm, aby wprowadzić nowe ustawy kardynalne, utrwalające supremację jego partii.

²⁹ Obecnie wartość PKB Węgier *per capita*, według różnych danych, jest bardzo zbliżona do PKB Polski.

What does Illiberal Democracy Mean for Legal System? Hungarian Example

The unimaginable career of the „illiberal democracy” notion is indirectly connected with the visible tendencies both in Latin America, Asia and also in Central Europe. The governments in this part of the world perceived so-called liberal democracy as inefficient and not able to solve basic problems of developing countries. The Fareed Zakaria’s „illiberal democracy” notion is being developed by politicians in a very creative way. Viktor Orban is a politician who, in a famous Baile Tusnand’s speech, proposed his own interpretation of „illiberal democracy”. Moreover the Fidesz’s changes in the Hungarian legal system are considered as a model way to realize „illiberal democracy”. In my article I consider the legal aspect of Hungarian transition. I try to find the answer to the question: *is illiberal democracy a better mechanism of modernization or it is only the tool of consolidation of power, consolidation that is blocked (in such important level) by the liberal checks and balances and other democratic principles.*

Key words: Orban, Zakaria, illiberal democracy, state of law, Hungary

Anna Mazur¹

Doktryna uzasadnionych oczekiwań a zwyczaj w prawie administracyjnym

Streszczenie:

Artykuł ma na celu analizę obowiązywania doktryny *legitimate expectations* (uzasadnionych oczekiwań) w polskim porządku prawnym. Doktryna ta rozwija się od lat w prawie unijnym i została implementowana wraz z akcesem do Unii Europejskiej. Jej głównym celem jest zapewnienie podmiotowi administrowanemu pewności działania i zwiększanie jego zaufania do działań państwa. Przedstawiony zostanie rozwój orzecznictwa sądów międzynarodowych. Uzasadnione oczekiwania zostaną zestawione ze zwyczajem w polskim prawie administracyjnym.

Słowa kluczowe: uzasadnione oczekiwania, prawo administracyjne, zwyczaj, precedens, TSUE, orzecznictwo, administracja

1. Wstęp

Tradycyjnie pozycję jednostki wobec administracji opisuje się za pomocą trzech instytucji prawnych: interesu faktycznego, interesu prawnego² oraz publicznego prawa podmiotowego. W ostatnich latach rozwinęły się dwie nowe kategorie, pozwalające na pełniejsze opisanie sytuacji jednostki – prawo refleksowe, które ma szczególne znaczenie w procesie udzielania pozwolenia na budowę, oraz *legitimate expectations*, czyli uzasadnione oczekiwania. Uzasadnione oczekiwania należy umieścić między interesem prawnym a interesem faktycznym. Są one dla jednostki czymś więcej niż tylko jej potrzebą, ale czymś mniej niż prawnie uzasadnionym roszczeniem. Wywodzą się one z anglosaskiej i niemieckiej tradycji prawnej.

¹ Autorka jest studentką prawa na Wydziale Prawa i Administracji.

² Por. A. Duda, *Interes prawny w prawie administracyjnym*, Warszawa 2008.

Jak wskazuje J. Lemańska, w uchwale Komitetu Rady Ministrów Rady Europy z dnia 28 września 1977 r., R (77) 31 podkreślono, że

mimo różnic między systemami administracyjnymi i prawnymi państw członkowskich istnieje szerokie porozumienie, co do fundamentalnych zasad, które powinny rządzić procedurami administracyjnymi, a w szczególności konieczności zapewnienia sprawiedliwości w stosunkach pomiędzy jednostką a władzami administracyjnymi zważywszy, że wskazane jest, aby akty administracyjne podejmowane były sposobami właściwymi do zapewnienia realizacji tych celów (...) pożądaną rzeczą jest promować powszechny standard ochrony we wszystkich państwach członkowskich³.

Zatem uzasadnione oczekiwania nie są nową instytucją w tradycji europejskiej. Rozwijają się na przestrzeni lat, w szczególności dzięki bogatemu orzecznictwu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Celem niniejszego artykułu będzie analiza genezy instytucji uzasadnionych oczekiwań, jej implementacji do polskiego systemu prawnego oraz próba porównania ze zwyczajem administracyjnym.

2. Uzasadnione oczekiwania w nauce prawa administracyjnego oraz w orzecznictwie

2.1. Doktrynalna geneza uzasadnionych oczekiwań

Zasada ochrony uzasadnionych oczekiwań wynika z rozwoju teorii państwa prawa. Konstrukcja ta wywodzi się z wypracowanej w niemieckiej doktrynie i judykaturze zasady ochrony zaufania (*Vertrauensschutz*), traktowanej jako fundament państwa prawa oraz podstawowy standard wykonywania administracji publicznej. Porównywana jest ona do doktryny *estoppel*, charakterystycznej w stosunkach prywatnoprawnych⁴. Zgodnie z zasadą zaufania, działanie państwa powinno spełniać postulat przewidywalności. Jednostka musi mieć pewność, że jej zachowanie zgodne z prawem lub zapewnieniami administracji będzie korzystało z ochrony prawnej. W państwie prawa niedopuszczalne jest zaskakiwanie jednostki zmianami legislacyjnymi, bez zapewnienia jej możliwości przystosowania się do nowego stanu prawnego. Niemiecki Trybunał Konstytucyjny orzekł, iż „dla obywatela pewność prawa oznacza przede wszystkim ochronę zaufania”⁵. W tym ujęciu stanowi ona zasadę materialną, wyznaczającą obowiązki organów administracji i odpowiada pojęciu zasady ogólnej prawa administracyjnego materialnego. W Polsce, jako jeden z pierwszych tematów uzasadnionych oczekiwań

³ J. Lemańska, *Uzasadnione oczekiwania w perspektywie prawa krajowego i regulacji europejskich*, Warszawa 2016, s. 26.

⁴ R. Flanagan, *Legitimate expectations and applications – an outdated and unneeded distinction*, *Canterbury Law Review*, Vol. 17/2/2011, p. 284.

⁵ J. Łętowski, *Zasada zaufania w stosunkach między obywatelem i administracją* [w:] *Państwo, prawo, obywatel. Zbiór studiów dla uczczenia 60-lecia urodzin i 40-lecia pracy naukowej prof. A. Łopatki*, red. J. Łętowski, W. Sokolewicz, Ossolineum 1989, s. 560–561.

podjął J. Łętowski, który pisał, że budowanie zaufania publicznego następuje wtedy, gdy „akt normatywny, decyzja administracyjna lub inne działanie organów zarządu państwowego nie są przyjmowane jako zgola nieprzewidywalne zrządzania losu (...), lecz pojawiają się jako logiczny i naturalny rezultat procesów rządzenia w sensownie administrowanym państwie”⁶. W polskiej nauce o prawie administracyjnym przyjmuje się, że obowiązek respektowania zasady zaufania wyznacza standardy działalności prawotwórczej oraz stanowi dyrektywę adresowaną do organów stosujących prawo⁷. Uzasadnione oczekiwania można uznać za element prawa do dobrej administracji, które coraz częściej staje się uświadamianym przez jednostkę prawem podmiotowym⁸.

Uzasadnione oczekiwania dzielą się na trzy kategorie: proceduralne, materialne i wywodzące się z umowy. Przez sądownictwo uznawane są głównie proceduralne uzasadnione oczekiwania. Aby uznać dane oczekiwanie za uzasadnione, zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego w Singapurze z dnia 2 lipca 2009 r. w sprawie *Borrisik Setlana vs Urban Redevelopment Authority*, musi ono spełnić cztery główne przesłanki:

1. działanie administracji musi być jasne, jednoznaczne;
2. oczekiwanie musi być wywołane zachowaniem władzy publicznej;
3. działanie administracji musi być wykonane przez organ, który posiada kompetencje;
4. działanie administracji musi być do przyjęcia dla strony przeciwnej (warunek ten jest ciężki do przełożenia na polskie realia, gdzie stosunek administracyjny powstaje między organem a jednostką i brakuje tu równości stron)⁹.

Oczekiwanie nigdy nie zostanie uznane za uzasadnione, jeżeli łączy się z nadużyciem władzy bądź brakiem kompetencji.

Źródłami uzasadnionych oczekiwań mogą być wszelkie kategorie źródeł prawa administracyjnego, zarówno *sensu largo* i *stricto*¹⁰. Najważniejszą kwestią jest odpowiedź na pytanie, kiedy subiektywne oczekiwania podmiotu administrowanego zasługuje na obiektywną ochronę prawną. J. Lemańska wskazuje, że konieczne jest stworzenie takich mechanizmów prawnych, które zadziałają w przypadku, gdy brak ochrony subiektywnego oczekiwania rodzi obiektywne poczucie niesprawiedliwości¹¹.

W Polsce próbowano wprowadzić uzasadnione oczekiwania w projekcie przepisów ogólnych prawa administracyjnego (dalej p.o.p.a.)¹². Art. 18 p.o.p.a. zawiera katalog podstawowych zasad załatwiania spraw – jedną z nich miało być uwzględnianie uzasadnionych i słuszných oczekiwań jednostki kierując się potrzebą ochrony zaufania do państwa i prawa jako podstawy systemu prawnego. Poza tym organ administracji

⁶ *Ibidem*, s. 557.

⁷ Ł. Prus, *Glosa do wyroku TS z dnia 19 maja 1992 r., C-104/89 oraz C-37/90*, Europejski Przegląd Sądowy 3/2012, s. 33–38.

⁸ Por. Z. Kmiecik, *Zarys teorii postępowania administracyjnego*, Warszawa 2014, s. 113–127.

⁹ *Borrisik Svetlana v Urban Redevelopment Authority* – [2009] SGHC 154 (2 July 2009), <http://www.commonlii.org/sg/cases/SGHC/2009/154.html>, 18.12.2016.

¹⁰ J. Lemańska, *op.cit.*, s. 106–186.

¹¹ *Ibidem*, s. 73–74.

¹² Druk nr 3942 z dnia 29 grudnia 2010 r. projekt ustawy – Przepisy ogólne prawa administracyjnego, [http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/8F21C6C714261B99C1257849003B79D6/\\$file/3942.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/8F21C6C714261B99C1257849003B79D6/$file/3942.pdf), 19.12.2016.

publicznej w toku postępowania mógł odstąpić od utrwalonych precedensów wyłącznie, gdy jest to możliwe ze względu na szczególne okoliczności. Kwalifikowaną formą uzasadnionych oczekiwań jest przyrzeczenie administracyjne. W art. 19 ust. 1 p.o.p.a. scharakteryzowano je następująco: Organ administracji publicznej, który złożył w formie pisemnej przyrzeczenie załatwienia w określony sposób sprawy jakiegokolwiek podmiotu, jest nim związany, chyba że było ono sprzeczne z prawem, niewykonalne, wyłudzone przez podanie faktów lub okoliczności niezgodnych z prawdą albo gdy nastąpiła zmiana stanu faktycznego, której nie można było przewidzieć wcześniej lub uległ zmianie stan prawny uniemożliwiający wykonanie przyrzeczenia.

Art. 8 § 2 kodeksu postępowania administracyjnego z dnia 14 czerwca 1960 r.¹³ – dalej k.p.a. – wprowadza do postępowania administracyjnego zasadę ochrony uzasadnionych oczekiwań. Zgodnie z tym przepisem, organy administracji publicznej bez uzasadnionej przyczyny nie odstępują od utrwalonej praktyki rozstrzygania spraw w takim samym stanie faktycznym i prawnym. Zmiana dotychczasowej praktyki możliwa jest, gdy była ona niezgodna z prawem lub jest to konieczne dla ochrony interesu publicznego. W uzasadnieniu projektu ustawy nowelizującej kodeks postępowania administracyjnego wskazano, że zmiana art. 8 k.p.a. ma doprowadzić do realizacji zasady „uprawnionych” oczekiwań¹⁴.

Należy zatem stwierdzić, że ustawodawca spełnił podstawowe postulaty dotyczące realizacji zasady uzasadnionych oczekiwań w polskim porządku prawnym. Najważniejszy jest teraz sposób, w jaki organy administracji publicznej będą stosować ten obowiązek oraz późniejsza kontrola jurysdykcyjna stosowana przez sądy administracyjne.

2.2. Doktryna uzasadnionych oczekiwań w prawie unijnym

Doktryna legitimate expectations rozwinęła się w prawie unijnym. Swoje uznanie znalazła w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w latach 70. i 80. XX wieku¹⁵. Jednym z wyroków wypowiadającym się w te kwestii było orzeczenie *Mulder I* (C-104/89 i C-37/90)¹⁶. Uzasadnione oczekiwania uznawane są jako zasada ogólna prawa unijnego – są regułą ustrojową (ponieważ odnoszą się do procesów stanowienia prawa), jak i wartością, którą należy uwzględnić w procesie wykładni prawa administracyjnego Unii Europejskiej. A zatem przez zasadę ochrony uzasadnionych oczekiwań w ujęciu procesowym trzeba rozumieć ekspektatywę dotyczącą zachowania się organu stanowiącego lub stosującego prawo unijne wobec jednostki, która nie może się powołać na prawa nabyte. Zasada ta oznacza sądownie chroniony stan oczekiwania przyrzeczonego skutku prawnego.

¹³ Dz.U.2017.1257 j.t.

¹⁴ Druk nr 1183 z dnia 28 grudnia 2017 r. projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego oraz niektórych innych ustaw, <http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/F3388D1AB00B1313C125809D004C3C8E/%24File/1183.pdf>, 30.12.2016.

¹⁵ J. Lemańska, *op.cit.*, s. 44.

¹⁶ Wyrok Sądu z dnia 27 stycznia 2000 r. w połączonej sprawie C-104/89 i C-37/90, <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=44961&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1211542>, 14.12.2016.

Jednym z ostatnich orzeczeń poruszających kwestię *legitimate expectations* jest wyrok w sprawie C-183/14¹⁷. Sprawa dotyczyła zmiany kwalifikacji transakcji przez krajową administrację podatkową na działalność gospodarczą objętą podatkiem VAT. Grupa osób zawarła umowę stowarzyszenia w celu wspólnej realizacji i sprzedaży czterech nieruchomości w Rumunii. Po przeprowadzonej kontroli stwierdzono, że działalność ta powinna być objęta podatkiem VAT, ponieważ przekroczyła próg, poniżej którego działalność jest zwolniona z tego podatku. Skarżący podnieśli, że rozpoczynając działalność działali w zaufaniu do państwa i do stanowionego przez nie prawa, dlatego też nie zgadzają się z koniecznością opłacenia VAT-u, gdyż ten obowiązek został wprowadzony już po zawarciu przez nich umowy stowarzyszenia.

Trybunał w uzasadnieniu zauważył, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem zasady pewności prawa i ochrony uzasadnionych oczekiwań muszą być przestrzegane przez instytucje Unii Europejskiej oraz przez państwa członkowskie podczas wykonywania powierzonych im przez dyrektywy Unii uprawnień. Co więcej, orzekł, że zasady pewności prawa i ochrony uzasadnionych oczekiwań nie sprzeciwiają się, w okolicznościach takich jak w postępowaniu głównym, aby krajowa administracja podatkowa w następstwie kontroli skarbowej podjęła decyzję o objęciu transakcji podatkiem od wartości dodanej oraz nałożyła dodatkowe zobowiązania podatkowe, pod warunkiem że decyzja ta oparta jest na jasnych i precyzyjnych zasadach, a praktyka tego organu administracji nie była tego rodzaju, że mogła prowadzić do wywołania w świadomości ostrożnego i należycie poinformowanego podmiotu gospodarczego racjonalnego oczekiwania, iż podatek taki nie zostanie zastosowany do tych transakcji, czego sprawdzenie należy do sądu odsyłającego. Dodatkowe zobowiązania podatkowe nałożone w takich okolicznościach muszą być zgodne z zasadą proporcjonalności.

Podkreślić należy, że TSUE stwierdził, że w przypadku podmiotów gospodarczych można mówić o powstaniu uzasadnionych oczekiwań jedynie, gdy podmiot ten jest ostrożny i należycie poinformowany oraz działa racjonalnie. Zatem samo przeświadczenie, że administracja winna się zachować w dany sposób jest niewystarczające dla ustalenia, że doktryna *legitimate expectations* znajduje zastosowanie.

Uzasadnione oczekiwania zostały ujęte w Kodeksie Dobrej Praktyki Administracyjnej z dnia 6 września 2001 r.¹⁸ (dalej KDPA), stanowiącej źródło *soft law*. Art. 10 ust. 1 KDPA stanowi, że urzędnik przestrzega praktyk administracyjnych obowiązujących w Cedefop¹⁹, o ile nie zaistnieją uzasadnione prawnie powody, które usprawiedliwiłyby odstępianie od tych praktyk w indywidualnym przypadku. Zgodnie z art. 10 ust. 2 KDPA urzędnik uwzględnia uzasadnione i słuszne oczekiwania jednostek, które wynikają z działań podejmowanych w przeszłości przez Cedefop. Obecnie przyjęte postanowienia dotyczące uzasadnionych oczekiwań w kodeksie postępowania

¹⁷ Wyrok TSUE z dnia 9 lipca 2015 r. w sprawie C-138/14, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=165649&pageIndex=0&doclang=PL&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1456953>, 15.12.2016.

¹⁸ Dz.U.UE.C.2011.285.3.

¹⁹ Europejskie Centrum Rozwoju Kształcenia Zawodowego.

administracyjnego stanowią implementację powyższych zapisów do polskiego porządku prawnego.

2.3. Uzasadnione oczekiwania w orzecznictwie sądów *common law*

Uzasadnione oczekiwania pojawiły się po raz pierwszy w orzeczeniu Sądu Apelacyjnego dla Anglii i Wali *Schmidt vs. Secretary of State for Home Affairs* z dnia 19 grudnia 1968 roku²⁰. Powołanie się przez sąd na uzasadnione oczekiwania w danym stanie faktycznym było bezzasadne, miało tam jedynie znaczenie proceduralne. Kluczowe dla rozwoju doktryny *legitimate expectetions* były słowa lorda Fraser z Tullybelton wypowiedziane w 1983 roku w toku sprawy *Attorney General of Hong Kong vs. Ng Yuen Shiu*²¹, która toczyła się na tle nielegalnej imigracji przed Sądem Apelacyjnym w Hong Kongu. Lord Fraser z Tullybelton stwierdził, że „kiedy władza publiczna obiecała podążać określoną procedurą, w interesie dobrej administracji jest sprawiedliwe zachowanie się administracji i realizowanie (złożonej) obietnicy, tak długo jak działanie to nie jest niezgodne z prawem”. Uzasadnione oczekiwania jako instytucja prawa administracyjnego tak naprawdę pojawiły się pierwszy raz w sprawie *Secretary of State for the Home Department vs. Khan* (1984)²², toczącej się przed Sądem Apelacyjnym dla Anglii i Wali. Stan faktyczny był następujący: pakistańskie małżeństwo chciało adoptować dwójkę dzieci urodzonych w Pakistanie, które straciły krewnych. Aby móc wziąć udział w procedurze adopcyjnej, potrzebowali listu potwierdzającego legalny pobyt w Wielkiej Brytanii. Właściwym organem do wydania go był sekretarz stanu (*Home Office*), który odmówił, nie podając uzasadnienia. Sąd orzekł, że sekretarz stanu wystawiając zazwyczaj taki list, bez spełniania przez podmioty administrowane szczególnych wymagań, stworzył własne zasady efektywnego działania. Katalog przesłanek odmownych wprawdzie nie był zamknięty, ale ciężko wytłumaczyć to niesprawiedliwe działanie wobec rodziny Khan. Sekretarz stanu sprzeniewierzył się wcześniej ustalonym przez siebie zasadom i zachował się nieodpowiedzialnie, podważając zasadę zaufania obywateli wobec działania administracji. Sąd nakazał wydanie listu rodzinie Khan.

3. Zwyczaj w prawie administracyjnym a uzasadnione oczekiwania

Instytucją zbliżającą się do doktryny uzasadnionych oczekiwań jest zwyczaj w prawie administracyjnym. Prof. J. Zimmerman definiuje zwyczaj „jako pozaprawny nawyk postępowania, przestrzegany faktycznie w obrębie danej struktury organizacyjnej administracji, w podobnych sytuacjach i o określonym czasie”²³. Pierwszą klasyfikacją zwyczaju jest podział na zwyczaj administrowanych i administrujących. Kolejny

²⁰ England and Wales Court of Appeal (Civil Division) Decisions, *Schmidt vs. Secretary of State for Home Affairs*, 19th December 1968, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1968/1.html>, 30.12.2016.

²¹ Court of Appeal of Hong Kong, *Attorney General of Hong Kong vs. Ng Yuen Shiu*, 21th February 1983, http://www.refworld.org/cases,GBR_PRIVY,3ae6b6963c.html, 18.12.2016.

²² England and Wales Court of Appeal (Civil Division) Decisions, *Attorney General of Hong Kong vs. Ng Yuen Shiu*, 4th April 1984, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1984/8.html>, 18.12.2016.

²³ J. Zimmerman, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2016, s. 158.

podział to zwyczaj wewnętrzny i zewnętrzny. Zewnętrzny traktowany jest jako precedens – w niemieckiej judykaturze dla uznania istnienia precedensu, konieczne jest ziszczenie się dwóch warunków: długotrwałego zachowania się administracji i podmiotów administrowanych oraz rzeczywiste, bezbłędne prawne przeświadczenie, że wykonuje się prawo odpowiadające okolicznościom, czerpane ze zwyczaju. Według J.S. Langroda, „precedens jest ważnym refleksem zasady równości wobec prawa”²⁴. Precedensy stają się naturalną konsekwencją służby publicznej, wedle której konieczne jest analogiczne postępowanie w sprawach identycznych. Gdzie interes publiczny nie wymaga odstąpienia od długotrwałego zwyczaju, tam zasada *quieta non movere* nakazuje respektować zaufanie ogółu do przezorności, stałości i równego traktowania ogółu w aktywności administrujących. Zatem dla powstania zwyczaju konieczna jest długotrwała, powtarzalna praktyka.

We Francji Rada Stanu wyróżnia istnienie zwyczaju wewnętrznego i zewnętrznego. Co więcej, w przypadku zmiany zwyczaju zewnętrznego Rada Stanu przyznaje odszkodowanie. Odejście od zwyczaju może być uznane nawet za obrazę prawa. Zatem konstrukcja ta przypomina doktrynę uzasadnionych oczekiwań.

W doktrynie przyjmuje się również, iż zwyczaj może mieć charakter pozanormalny, jednakże podmiot administrowany może doprowadzić do wydania decyzji o danej treści, o ile zezwala na to prawo proceduralne – taka konstrukcja również przypomina doktrynę legitimate expectations.

Zatem konstrukcja zwyczaju wewnętrznego administrujących pozwala na oczekiwanie od administracji podejmowania podobnych rozstrzygnięć przy zaistnieniu podobnych stanów faktycznych. Zwyczaj w prawie administracyjnym nie może konkurować z ustawą ani być z nią sprzeczny. Możliwe jest jedynie istnienie zwyczaju *secundum legem*, czyli uzupełniającego prawo. Jest to związane z silnie akcentowaną w prawie administracyjnym zasadą kompetencyjności – organ, aby podjąć określone działanie, musi mieć przyznaną przez prawo ustrojowe kompetencję do podjęcia danego rozstrzygnięcia. Zwyczaj może mieć znaczenie w przypadku uznania administracyjnego. Uznania nie można jednak traktować jako zupełnej swobody, gdyż organ nadal musi działać w ramach i w granicach kompetencji. Zwyczaj ma również znaczenie przy interpretacji pojęć nieostrych, gdyż często wymaga to znajomości, np. stosunków lokalnych.

Cechą zbliżającą konstrukcyjnie uzasadnione oczekiwania do zwyczaju jest cecha konstytutywna obu instytucji, jaką jest ich powtarzalny charakter²⁵. Co więcej, Sąd Najwyższy odwołując się do doktryny uzasadnionych oczekiwań, dokonał charakterystyki poprzez odwołanie się właśnie do zwyczaju w prawie administracyjnym. Sąd orzekł, że to, że sprawy mają charakter indywidualny, nie oznacza, że nie jest możliwe wypracowanie utrwalonych praktyk w zakresie ich rozstrzygania z uwagi na ten sam stan faktyczny i prawny²⁶.

Aby zilustrować, jak może dojść do naruszenia zwyczaju oraz doktryny uzasadnionych oczekiwań, można wyobrazić sobie prosty stan faktyczny. Organ (jakim

²⁴ J.S. Langrod, *Instytucje prawa administracyjnego: zarys części ogólnej*, Kraków 2003, s. 370.

²⁵ J. Lemańska, *op.cit.*, s. 201.

²⁶ Por. m.in. wyrok NSA z dnia 9 października 2015 r., sygn. I OSK 1378/15.

w zależności od sprawy będzie minister właściwy do spraw kultury i ochrony dziedzictwa narodowego albo wojewoda) otrzyma wniosek o wydanie jednorazowego pozwolenia na wywóz zabytku zgodnie z art. 52 ust. 1 oraz art. 53 ust. 1 ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami²⁷. Przy braku negatywnych przesłanek, podmiot administrowany ma prawo do otrzymania decyzji o konkretnej treści, a co więcej, ma prawo liczyć na to, iż w przypadku spełnienia przesłanek na pewno otrzyma takie zezwolenie. Zatem niezrozumiała dla podmiotu administrowanego byłaby sytuacja, w której pozwolenie takie jest przyznawane wszystkim wnioskującym poza nim – doktryna *legitimate expectations* pozwala mu liczyć na otrzymanie pozwolenia.

4. Wnioski

Doktryna *legitimate expectations* zaczyna się pojawiać w polskiej doktrynie głównie dzięki prawu europejskiemu. Należy jednak uznać, iż pomimo braku rozpowszechnienia jej konstrukcji, mechanizmy działania są znane od dawna. Administracja jest zobligowana do działania w sposób zgodny z prawem, jednocześnie budząc zaufanie obywateli do władzy publicznej. Zatem jej działanie musi być zawsze przewidywalne i oparte na normie prawnej. Bardzo duże podobieństwo do doktryny *legitimate expectations* przedstawia zwyczaj wewnętrzny administrujących – tu również podmiot administrowany, obserwując zachowanie organów administracji, ma prawo oczekiwać, iż nie ulegnie ono zmianie i będzie kontynuowane. Podsumowując, wydaje się, że możliwe jest uznanie, iż doktryna *legitimate expectations* oraz zwyczaj posiadają wiele cech wspólnych. Najważniejsza wydaje się jednakże różnica w możliwości ochrony podmiotu administrowanego, która w przypadku doktryny uzasadnionych oczekiwań jest zdecydowanie ważniejsza i dlatego należy rozwijać tę doktrynę.

* * *

The Legitimate Expectations and Habit in Public Law

This article aimed to analyze the validity of legitimate expectations doctrine in Polish law order. The doctrine has been developing since years in European Union's law and has been implemented with the accession in to the European Union. Its main issue is to ensure the body subject of public law with operating reliability and increasing its confidence in the state.

The development of the jurisdiction of some international courts will be presented. What is more, the legitimate expectations will be compared with the habit in Polish public law.

Key words: legitimate expectations, public law, habit, precedent, jurisdiction, Court of Justice of the European Law, administration

²⁷ Dz.U.2014.1446 j.t.